Der Mißbrauch der Vertretungsmacht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Friderico-Alexandrino Universität Erlangen

vorgelegt von

Franz Gaßner
aus Frankenthal (Westmark)

Approbiert am 25. März 1941.

Frankenthal
Buchdruckerei L. Beller, Inh. Hans Bäcker
1941

1941 № 59

Referent: Univ.-Prof. Dr. Friedrich Lent.

Eltern und Schwester.

ÜBERSICHT

Der Mißbrauch der Vertretungsmacht.

I. Teil.

I. Die Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht.

1. Entstehung und Arten.
   Die Bedeutung der §§ 171/172 BGB.
2. Der Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.

II. Teil.

Die Behandlung des eigentlichen Problems.

I. Objektiver Tatbestand.

II. Subjektiver Tatbestand.

III. Die Kollusion und der subjektive Tatbestand in der Person des Dritten.

IV. Die Rechtswirkungen der Kollusion zwischen Vertretenem und Drittem.

1. Nichtigkeit.
2. Schadenersatz.
3. Lösungsversuche aus den Vorschriften der Stellvertretung.
   a. Die Anwendung des § 181 BGB.
   b. Die Anwendung der §§ 169—173 BGB.
4. Die exceptio doli.
5. Die culpa in contrahendo.
6. Das Scheingeschäft.
7. Lösungsversuch aus § 932 BGB.

III. Teil.

I. Der Mißbrauch der gesetzlichen Vertretungsmacht.

1. Die gesetzlichen Vertreter.
2. Die Rechtsfolgen des Mißbrauches der gesetzlichen Vertretungsmacht.

IV. Teil.

Zusammenfassung.

SCHRIFTTUMS-VERZEICHNIS

Albermann, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht. Diss. Köln 1935.

Berger, Zur Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht. Diss. Köln 1936.

Bock, Die rechtliche Natur der Vollmacht unter besonderer Berücksichtigung zu dem Grundverhältnis. Diss. Erlangen 1930.

Dittmar, Mißbrauch der Vollmacht ‹Kollusion und Quasikollusion›. Diss. Göttingen 1931.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch 3. Aufl. Bd. I, II, 2 1930, 1932.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. 1903. — Bd. II 1, 2. Bd. III 1, 2. 9. Aufl. 1920.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1. Bd. Allg. Teil 12. Bearb. 1928.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allg. Teil 13. Bearb. 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb. 1932.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Bd. Das Familienrecht, 7. Bearb. 1931.

Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd. Das Erbrecht, 8. Bearb. 1930.

Hammel, Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die bloße Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis zwischen Vertretenem und Drittem ein? JW 1933 S. 2875.

Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.

Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte JJ. Bd. 1. S. 273 ff.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. I. u. II. Bd. 5. neubearb. Aufl.

Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, Bd. 2, S. 273 ff.

Kuhr, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht in seiner Wirkung zwischen Auftraggeber und Drittem. Diss. Göttingen 1931.

Laband, Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR Bd. 10 S. 183 ff.

Lehmann, Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 2. Aufl. 1922.

Lent, Begriff der auftraglosen Geschäftsführung, Leipzig 1909.

Macke, Die Kollusion bei der Stellvertretung, Diss. Göttingen 1929.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1. 3. Aufl. 1927, Buch 2. 1. und 2. Hälfte 5. Aufl. 1928.

Planck, Bürgerliches Geſetzbuch, 3. Aufl. Bd. I und IV. 1903/04.
Reichsgerichtsrätekommentar, 8. Aufl. Bd. 1, 2, 4, 5. 1934/35.
Schloßmann, Lehre von der Vertretung, Leipzig 1900, 1902.
v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht, Arch. Bürgerl. Recht Bd. 28, 1906.
Siebert, Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht ‹Vertretung und Geſchäftsführung› Z STW Bd. 95, S. 629 ff.
Soergel, Bürgerliches Geſetzbuch, 4. ſtark vermehrte und verbeſſerte Auflage, 1929.
Staub, Kommentar zum Handelsgeſetzbuch, 1. Bd. 14. Aufl.
Staud, Die Entwicklung der abſtrakten Natur der Vollmacht und ihre Handhabung in der Rechtſprechung des Reichsgerichts. Diſſ. Göttingen 1928.
v. Tuhr, Der allg. Teil des Deutſchen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910/18.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, 9. Aufl. Bd. I, II 1—3, IV 1 und 2, V Berlin—Leipzig 1925/30, 10. Aufl. Bd. I 1936.
Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbeſtände im Bürgerlichen Rechte, Wien 1906

Entſcheidungen des Reichsgerichts in Zivilſachen. ‹RG›
Entſcheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. ‹ROHG›
Seuffert, Archiv für die Entſcheidungen der oberſten Gerichte in den deutſchen Staaten. ‹Seuff. Arch.›
Warneyer, Die Rechtſprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. ‹Warn.›
Deutſche Juriſtenzeitung. ‹DJZ›
Juriſtiſche Wochenſchrift. ‹JW›
Das Recht, Rundſchau für den Deutſchen Juriſtenſtand, ‹Recht›.
Archiv für Bürgerliches Recht ‹Arch. Bürgerl. R.›
Beiträge zur Erläuterung des Deutſchen Rechts, begründet von J. A. Gruchot. ‹Gruch›.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Zeitſchrift für das geſamte Handelsrecht, begründet von L. Goldſchmidt. ‹ZHR›
Zeitſchrift für die geſamte Staatswiſſenſchaft. ‹ZSTW›

Der Mißbrauch der Vertretungsmacht.

I. Teil.

Die Stellvertretung spielt im Leben des Einzelnen wie im Leben großer Wirtschaftsorganismen eine so bedeutende Rolle, daß es vor der Behandlung des eigentlichen Problems angebracht erscheint, sich zunächst mit ihrem Wesen, ihrer Entstehung und ihren Arten auseinanderzusetzen.

In der Regel wird der Geschäftspartner, der am Abschluß eines Rechtsgeschäfts interessiert ist, bemüht sein, dieses persönlich vorzunehmen. In allen Fällen, in denen er dies nicht kann oder will, sei es, daß er ortsabwesend oder aus Zeitmangel daran verhindert ist oder andere Umstände ihn abhalten, in all diesen Fällen wird er gezwungen sein, den rechtsgeschäftlichen Vorgang durch Hilfspersonen vornehmen zu lassen. Erschöpft sich dabei die Rechtshandlung lediglich in der Ueberbringung einer fertigen Willenserklärung, so genügt dazu der Bote oder sog. Erklärungsvermittler. Der Bote ist nur Werkzeug, Sprachrohr des Geschäftsherrn und als solcher nicht in der Lage, durch eigene Willenskundgebungen in die Abwicklung des Rechtsgeschäfts einzugreifen. Hat jedoch die Hilfsperson im Einverständnis mit dem Geschäftsherrn das Recht, das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts mit ihrem eigenen Willen zu beeinflussen, dann ist sie Stellvertreter.

Gibt ein solcher Stellvertreter das Vertretungsverhältnis nach außen hin klar zu erkennen, so spricht man von direkter Stellvertretung, tut er dies nicht, kann also der Geschäftsgegner nicht feststellen, ob nun der Kontrahent der Geschäftsherr selber oder ein anderer ist, so handelt es sich um die indirekte Stellvertretung. Hier tritt der Stellvertreter im eigenen Namen auf und aus allen Rechtsgeschäften, die er abschließt, wird ausnahmslos er allein berechtigt und verpflichtet. Um nun aber die Wirkungen des von dem indirekten Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts den Geschäftsherrn treffen zu lassen, bedarf es eines weiteren Rechtsaktes, meist einer Abtretung, Schuldübernahme oder einer Uebereignung.

Bei der direkten Stellvertretung dagegen berechtigt und verpflichtet der Stellvertreter seinen Auftraggeber unmittelbar, denn er schließt entweder ausdrücklich in dessen Namen ab oder tut durch

eine schlüssige Haltung seine Vertreterstellung kund. Nur in diesem Falle haben wir es mit der Stellvertretung im Rechtssinne zu tun. [1]

Damit nun der Stellvertreter in fremdem Namen tätig werden kann, braucht er, will er nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht gelten, Vertretungsmacht.

I. Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht.

1. Entstehung.

Der rechtsgeschäftliche Vertreter leitet seine Vertretungsmacht aus einem mit dem Geschäftsherrn abgeschlossenen Rechtsgeschäft, der Vollmacht, her. Durch sie erhält er das Recht, nach außen hin für den Vollmachtgeber aufzutreten und zu handeln. ⟨§ 167, S. 2 BGB⟩. Sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die keiner Annahme seitens des Bevollmächtigten bedarf [2] und die lediglich das Außenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Dritten regelt. Hand in Hand mit ihr geht ein anderes Rechtsverhältnis, welches das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten charakterisiert und meist in einem Auftrag, Dienstvertrag oder in einem Gesellschaftsverhältnis besteht. Außen- und Innenverhältnis, Vollmacht und Auftrag, sind scharf voneinander zu unterscheiden. Es besteht kein Abhängigkeitsverhältnis unter ihnen, denn die Vollmacht kann auch ohne das ihr meist zugrundeliegende Rechtsverhältnis bestehen. Diese Arbeit setzt daher die Unabhängigkeit der Vertretungsmacht bei ihrer Entstehung, ihrem Erlöschen, wie auch hinsichtlich ihres Umfangs voraus. [3]

Neben der unmittelbaren Vollmachtserteilung an den Vertreter kann der Geschäftsherr aber auch dem Dritten gegenüber, mit dem der Vertreter in rechtsgeschäftliche Verbindung treten soll, die Bevollmächtigung aussprechen. Ob diese Willenskundgebung seitens des Vollmachtgebers an den Dritten tatsächlich eine Bevollmächtigung oder nur eine Mitteilung über die bereits an den Vertreter abgegebene Vollmacht darstellt, ist Auslegungssache und richtet sich nach dem Inhalt und der Art der Erklärung des Geschäftsherrn. Nach dem Wortlaut des § 167 Abs. 1 besteht jedenfalls kein Anlaß an der Möglichkeit einer unmittelbaren Vollmachtserteilung an den Dritten zu zweifeln. Daher ist die von Endemann vertretene Ansicht,

---

[1] Staudinger zu § 167, 5 S. 863

[2] Hupka S. 87. — Oertmann zu § 167 1a. — dagegen v. Seeler, Arch. f. Bürg. Recht Bd. 28 S. 9, 24.

[3] So die herrschende Meinung. Oertmann § 167. — Enneccerus § 171 II, 5. — Hupka S. 155. — Schloßmann I. Teil S. 258. — Laband Bd. 10 S. 265/206. — Planck Bd. I. Anm. zu § 167, 2. — Endemann § 81.

daß nur die dem Dritten gegenüber abgegebene Vollmachtserklärung die einzig richtige Vollmacht darstelle, nicht zu billigen. [1] Ob der Geschäftsherr die Bevollmächtigung auch durch öffentliche Bekanntmachung aussprechen kann, läßt sich aus § 167, 1 nicht entnehmen. Allein aus der Notwendigkeit heraus, die Vollmacht einem unbestimmten Personenkreis bekanntmachen zu müssen, dürfte sich auch diese Art der Vollmachtserteilung rechtfertigen lassen. [2]

Die Bedeutung der §§ 171 und 172 BGB.

Diese beiden Vorschriften behandeln die Fälle, in denen der Geschäftsherr durch eine besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgibt, daß er einen anderen bevollmächtigt oder einem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt habe, die dieser dem Dritten vorlegt. Sie stellen keine neue Art der Begründung einer Vollmacht dar, denn die Vollmachtserteilung ist bereits eine vollendete Tatsache. Die besondere Mitteilung kann also nur den Zweck haben, den oder die Geschäftsgegner von der Bestellung eines bestimmten Vertreters zu unterrichten. Wollte man in diesen Rechtshandlungen die selbständige Begründung einer Vollmacht erblicken, dann wäre die für die Erteilung der Vollmacht m. E. ausschließlich gültige Bestimmung des § 167 Abs. 1 überflüssig. Die Kundgebung muß vielmehr als ein rein deklaratorischer Akt angesehen werden. [3] Entgegen dieser Ansicht schreibt Staudinger [4] der Kundgebung und dem Vorlegen der Urkunde eine konstitutive Wirkung zu, allerdings auch nur dann, wenn der Kundgebung eine dispositive Vollmachtserteilung noch nicht vorausgegangen ist, im anderen Falle betrachtet auch er nach vorausgegangener Vollmachtserklärung die Mitteilung als deklaratorisch. V. Seeler [5] leugnet zwar nicht, daß in jenen Kundgebungen keine Bevollmächtigungen liegen, aus Gründen der Verkehrssicherheit und der Rechtssicherheit stellt er dieselben jedoch Bevollmächtigungen gleich und bezeichnet sie als Scheinvollmachten. Auch Lehmann [6] stellt diese beiden Uebermittlungsarten der Erteilung einer Vollmacht durch Willenserklärungen gleich. So auch Endemann [7], der überhaupt nur in der Erklärung gegenüber dem Dritten nach § 167, 1

---

[1] Endemann Bd. I S. 404. —
[2] Enneccerus § 171 II. S. 563 Anm. 4. — Staudinger § 167 Bem. 3 c. — Düringer-Hachenburg Anm. 41 vor §§ 48 ff. — v. Tuhr § 85 Anm. 25 Hupka S. 108.
[3] Planck § 171 Anm. 1. — Hupka § 9 S. 163. — Oertmann § 171 1 aa.
[4] Staudinger §§ 171, 172 Anm. 2, 3. —
[5] v. Seeler S. 43. —
[6] Lehmann S. 200. —
[7] Endemann § 81, 2 S. 404. —

die einzig echte Vollmachtserteilung sieht, und zwangsläufig zu dem Ergebnis kommt, daß die Mitteilungen nach den §§ 171, 172 gleichwertige Ersatzakte gegenüber der in § 167, 1 durch die unmittelbare Erklärung an den Dritten begründete Vertretungsmacht sind. Ganz abwegig im Rahmen dieser Erörterungen ist die Ansicht Staud's [1], der in den §§ 171, 172 nichts anderes als eventuelle Vollmachtserklärungen sieht, die dann wirksam werden sollen, wenn der frühere Bevollmächtigungsakt nicht gültig oder überhaupt nicht stattgefunden hat.

Entgegen diesen Meinungsverschiedenheiten kann diese deklaratorische Handlung m. E. gar keinen anderen Zweck haben, als den gutgläubigen Dritten zu schützen. [2] Wenn schon der Vollmachtgeber den etwas schwierigeren Weg der besonderen Mitteilung, einer öffentlichen Bekanntmachung und schließlich der Aushändigung einer Vollmachtsurkunde wählt, dann gewinnt selbst jeder Unbeteiligte den Eindruck, daß es sich um etwas Besonderes handeln müsse, um wieviel mehr aber erst der Dritte, den es unmittelbar angeht oder der unbestimmte Kreis von Personen, an die die öffentliche Bekanntmachung gerichtet ist. Aus der Art der Mitteilung ist aber auch zu schließen, daß es dem Vollmachtgeber selbst daran gelegen war, die Bekanntgabe der von ihm erteilten Vollmacht auf einem verhältnismäßig sicheren Wege an den Dritten heranzubringen und daß er durch die Tatsache der ausgehändigten Vollmachtsurkunde gleichsam Brief und Siegel für die Wahrheit der von ihm in der besonderen Mitteilung abgegebenen Erklärung gibt. Betrachtet man die Sachlage von dieser Seite aus, so erscheint es gar nicht verwunderlich, wenn der Dritte dadurch zu einem an Ueberzeugung grenzenden Vertrauen hinsichtlich des Inhalts der Mitteilung und deren Wahrheit gebracht wurde. Gerade weil in dem Dritten durch die Besonderheit der Kundgabe auch ein besonders hoher Grad von Vertrauen erweckt wird, bedarf er auch eines entsprechenden Schutzes, falls der Inhalt der Mitteilung unwahr, die Vollmacht also gar nicht erteilt oder bereits wieder erloschen, nichtig oder aus einem sonstigen Grunde nicht mehr oder noch nicht existent war. Dieser Schutz des gutgläubigen Dritten hat vor allem seine Verankerung in den Bestimmungen über das Erlöschen der Vollmacht, wie sie durch die besondere Mitteilung als feststehend bezeichnet ist, gefunden. Die Vertretungsmacht bleibt nämlich nach § 171 Abs. 2 solange bestehen, bis die Kundgebung in der selben Weise wie sie erfolgt ist, widerrufen wird. Der Widerruf kann also nur durch eine besondere Mitteilung oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. Eine ähnliche Sicherheit ist dem Dritten auch durch § 172 Abs. 2 gegeben, der die Vertretungsmacht ebensolange bestehen

[1] Staud S. 3. —
[2] Hupka S. 25. — RG. 108, 127. —

läßt, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird. Daß der Dritte aber nur dann eines besonderen Schutzes würdig sein soll, wenn er das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes weder kannte noch kennen mußte, folgt aus § 173.

Neben der auf einer ausdrücklichen Erklärung beruhenden Vertretungsmacht gibt es aber auch, wie bereits früher festgestellt, Fälle, in denen die Entstehung einer solchen auf konkludenten Handlungen oder gar auf einem Unterlassen, einem Geschehenlassen oder Dulden beruht. [1] Man spricht dann von einer stillschweigenden Bevollmächtigung. [2] Aus der Vielgestaltigkeit der Umstände, aus denen auf eine stillschweigende Bevollmächtigung geschlossen werden darf, treten vor allem zwei Tatbestände in den Vordergrund, die wegen ihrer praktischen Bedeutung hervorgehoben zu werden verdienen:

1. Der Vertreter hat zwar Vollmacht, er überschreitet sie aber fortgesetzt und der Vollmachtgeber duldet diese Handlungsweise. [3]
2. Der Vertreter hat keine Vollmacht, er kontrahiert aber wiederholt im Namen des Vertretenen und dieser ist mit den Rechtshandlungen, den abgeschlossenen Rechtsgeschäften, den etwa entstandenen Verbindlichkeiten, einverstanden.

Für die Beurteilung dieser beiden Fälle ist also zunächst das äußere Verhalten des Geschäftsherrn von Bedeutung. Erst in zweiter Linie kommt es dann auf die Frage an: wie durfte der Dritte bei verständiger Würdigung des Vorganges nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte das Tun oder Unterlassen des Geschäftsherrn angesichts der Tätigkeit des Vertreters auffassen?

Im ersteren Falle handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht. Für alle außerhalb seiner Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ist also zu deren endgültigen Wirksamkeit die nachträgliche Genehmigung des Vertretenen erforderlich. Da aber das Wesen der stillschweigenden Bevollmächtigung gerade darin liegt, daß der Vertreter vorbehaltlos abschließt, der Dritte keine Kenntnis von dem Umfang der Vertretungsmacht des Vertreters hat, der Vertreter aber seinerseits fortgesetzt mit dem Dritten dieselben oder ähnlich geartete Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, ohne daß der Geschäftsherr eine nachträgliche Genehmigung zur Kenntnis des Dritten gebracht hat, so wird angenommen, daß der Geschäftsherr zu allen den Kreis der dem Vertreter verliehenen Vertretungsmacht überschreitenden

---

[1] v. Seeler S. 2
[2] Staudinger § 167, 5. — Enneccerus § 171 Anm. 6 u. a. m.
[3] Oertmann § 177 2 c g. — Endemann zu § 82. — Planck § 177 1. — Staudinger § 167, 5. — Enneccerus § 171 Anm. 6. —

Rechtsgeschäften eine vorgängige Genehmigung erteilt hat. [1] Schließt also der Dritte in einem aus dem Verhalten des Vertretenen begründeten Vertrauen auf die auch diesen Kreis der Rechtsgeschäfte umfassenden Vertretungsmacht das Geschäft ab, dann kann ihm der Geschäftsherr nicht entgegensetzen, „daß sein Schluß ein unrichtiger gewesen, daß trotz des Scheines ein Vollmachtswille in Wahrheit nicht vorhanden gewesen sei". [2]

Die Nr. 2 stellt den eigentlichen Fall des Handelns ohne Vertretungsmacht dar. [3] Hier wie dort knüpft die Rechtsprechung die gleichen Rechtsfolgen an das Handeln des Vertreters an ohne Rücksicht auf die voneinander abweichende Lage der Fälle. „Entscheidend dafür, ob eine stillschweigende Vollmachtserteilung an einen Vertreter angenommen werden kann, ist das Verhalten des Vertretenen. Durfte nach diesem der Dritte nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Vertretene sei mit der Vertretung einverstanden, so muß der Vertretene die Handlungen des Vertreters gegen sich gelten lassen. Der Dritte darf bei Beurteilung des Verhaltens des Vertretenen voraussetzen, daß auf dessen Seite die gebotene Sorgfalt in der Behandlung geschäftlicher Angelegenheiten aufgewandt werde." [4] Oder: „Dem Einzelnen kann nicht zugemutet werden, über die Ermächtigung des für einen anderen Auftretenden genaue Ermittlungen anzustellen, solange er nach dem äußeren Anschein anzunehmen berechtigt ist, daß der Auftraggeber seinen Vertreter zu decken gewillt ist." [5] Angesichts dieser überwiegend einheitlichen Rechtsprechung sinkt der rein theoretische Streit der Rechtslehre über das Wesen der stillschweigenden Bevollmächtigung zur Bedeutungslosigkeit herab. Ob man mit v. Tuhr [6] und Oertmann [7] in diesem Rechtsbegriff eine Scheinvollmacht sieht oder sich zu der Auffassung Schloßmanns [8], der das Verhalten des Geschäftsherrn allein durch das Beweisrecht beurteilt wissen will, durchringt, oder ob man es mit Wellspacher [9] hält, der als Ergebnis seiner Untersuchungen einen Analogiefall zu § 172 feststellt, indem er einen Kausalzusammenhang zwischen gutem Glauben und rechtfertigendem Tatbestand fordert, an der sachlichen Richtigkeit der aufgrund dieser Tatbestände getroffenen Entscheidungen werden diese Gegensätze unerheblich.

---

[1] Schloßmann II zu § 68 S. 506. — Staudinger zu § 167, 5. —
[2] Hupka S. 120, 180. —
[3] Oertmann zu § 177 2 c u. a. m.
[4] Seuff. Arch. 82, 154 Nr. 2, 13. —
[5] RG. 100, 48 ff. — 105, 185. — 118, 234. — 133, 100. — u. a. m.
[6] v. Tuhr § 85 S. 393. —
[7] Oertmann Arch. f. Bürg. Recht S. 51/52. —
[8] Schloßmann § 68 S. 501 ff. —
[9] Wellspacher S. 101. —

2. *Der Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.*

Für den Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht hat das Gesetz keine Grenzen gezogen. Die Tragweite der die Vollmacht darstellenden und formenden Willenserklärung ist daher im Wege der Auslegung unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln [1]. Dies gilt namentlich dann, wenn die Vollmachtserklärung so formuliert ist, daß ihr Sinn nicht eindeutig festgestellt werden kann. Aus der Bevollmächtigungserklärung ist insbesondere zu entnehmen, ob der Umfang der Vollmacht sich nur auf ein einzelnes Rechtsgeschäft ‹Spezialvollmacht› oder auf eine Gruppe von Rechtsgeschäften ‹Artvollmacht› oder endlich auf alle in Frage kommenden Rechtsgeschäfte des Vollmachtgebers ‹Generalvollmacht› erstreckt. Weiter kann darin enthalten sein, ob bei mehreren Bevollmächtigten jeder für sich allein ‹Solidarvollmacht› oder nur alle gemeinschaftlich ‹Kollektivvollmacht› zur Vertretung berechtigt sind.

Neben den gesetzlichen Auslegungsregeln wird der Umfang der Vollmacht durch den Inhalt der konkreten Bevollmächtigung bestimmt [2]. Je nachdem die Vollmacht dem Vertreter unmittelbar oder einem Dritten gegenüber erteilt wurde, wird sich also zunächst feststellen lassen, ob der Vertreter jedem Dritten gegenüber oder nur einem bestimmten Dritten gegenüber zur Vertretung befugt ist. Dasselbe gilt natürlich auch für eine öffentlich erteilte Vollmacht oder für die nach den §§ 171/172 erfolgte Kundgebung.

Es liegt im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit, daß die Erklärungen des Vollmachtgebers so klar, deutlich und allgemeingebräuchlich im Ausdruck sind, daß jeder, den sie angehen, mit überwiegender Sicherheit den Willen des Vollmachtgebers erkennen und deuten kann. Wo er „leihen" will, darf er nicht „mieten" sagen und wo er „mieten" sagt, darf er nicht „kaufen" wollen. Die aus der Nachlässigkeit des Geschäftsherrn herrührende Undeutlichkeit im Ausdruck muß daher gerechterweise auf seine Gefahr gehen, wenn der Dritte glaubte, aus der Erklärung diesen oder jenen Schluß ziehen zu dürfen. Wo Zweifel bestehen, ob auch das in der Erklärung gemeinte und bestimmte Geschäft durch die Vollmacht gedeckt ist, muß der ganze die Vollmacht umfassende Erklärungskomplex unter Berücksichtigung aller ihn berührenden Umstände einer genauen Interpretation unterzogen werden.

---

[1] Enneccerus § 172 I 1. — Staudinger § 167 8 c. — dagegen: Hupka S. 199 aber S. 181. — Planck § 167 Anm. 6. —
[2] Hupka S. 177. —

Allen gewillkürten Vollmachten sind Grenzen gesteckt. Auch der Generalvollmacht, für die ebenso wie für die anderen der Grundsatz von Treu und Glauben gilt [1]. „Sind die vom Bevollmächtigten getroffenen Abreden von so außerordentlicher Natur, daß der Dritte sich redlicherweise sagen muß, der Prinzipal könne ein derartiges Geschäft unmöglich im Sinne gehabt haben, als er die Vollmacht erteilte, dann liegt trotz der unbeschränkten Fassung der Vollmachtserklärung eine Ueberschreitung vor, die den Prinzipal nicht bindet" [2]. Die oft gebräuchliche Ausdrucksweise bei der Erteilung von Generalvollmachten, daß „der Vertreter alle Geschäfte vornehmen darf, die im Interesse des Geschäftsherrn liegen", bedeutet an sich noch keine Beschränkung auf solche Geschäfte, läßt aber klar erkennen, daß der Vollmachtgeber solche Geschäfte nicht zu decken gewillt ist, die offensichtlich außerhalb seines Interesses liegen.

Ist dem Dritten erkennbar, daß das vom Vertreter beabsichtigte Geschäft nicht im Interesse des Geschäftsherrn liegt, so wird das Geschäft nicht durch die Vollmacht gedeckt. Eine Verpflichtung des Dritten eingehend nachzuforschen und zu erkunden, ob das vom Vertreter beabsichtigte Geschäft auch tatsächlich den Interessen des Geschäftsherrn entspricht, besteht nicht und kann dem Dritten auch nicht zugemutet werden. Der Dritte würde dann eben angesichts der Schwierigkeit, die ein solches Geschäft mit sich bringt, auf die Vorzüge der Vollmacht verzichten. Die Beschränkung der Interessensphäre des Vollmachtgebers durch so allgemeine Redewendungen gehen daher zu dessen Lasten. „Unklare und unpräzis gefaßte einschränkende Bestimmungen braucht der Dritte nicht zu berücksichtigen [3].

Nicht selten wird es vorkommen, daß von dem Geschäftsherrn Vollmachten mit dem gleichen Zweck an mehrere ausgegeben werden, die aber dem Umfange nach nicht gleich sind. Der Standpunkt, daß in einem solchen Fall die Vollmacht mit dem geringeren Umfang als gültig anzusehen ist [4], läßt sich m. E. nicht verallgemeinern. Wird die Vollmacht sowohl dem Vertreter als auch dem Dritten gegenüber erklärt, ihr Umfang aber beiden gegenüber verschieden bestimmt ist, die dem Dritten gemachte Erklärung z. B. beschränkter als die dem Vertreter erteilte, so könnte sich der Dritte auf die dem Vertreter gegenüber abgegebenen weiteren Erklärungen des Geschäftsherrn berufen, obwohl das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft durch die ihm erteilte Erklärung nicht gedeckt ist. Umgekehrt könnte man aber auch dem Vertreter nicht zumuten, ein Geschäft abzuschließen, das zwar durch seine Vollmacht gedeckt, aber dem

---

[1] Oertmann § 167 Bem. 6. —
[2] Hupka S. 191 und als Beispiel der dort zit. Schachbrettfall. aus Seuff. Arch XXIX Nr. 22. — Staudinger § 167 Anm. 8 d. —
[3] Hupka S. 179, 191. —
[4] Staudinger § 167 8 b u. die dort zit. Entscheidungen. —

Willen des Vollmachtgebers nach der dem Dritten gegenüber abgegebenen Erklärung nicht entspricht. Läßt sich aufgrund einer Willensauslegung feststellen, daß der Vollmachtgeber mit der an den Dritten gerichteten Bevollmächtigung tatsächlich eine Beschränkung gegenüber der dem Vertreter abgegebenen bezweckte — meist wird man das aus der nachträglich an den Dritten erfolgten Erklärung schließen können — dann ist das ohne Berücksichtigung der Beschränkung geschlossene Rechtsgeschäft für den Vollmachtgeber unverbindlich. Kann dagegen aber angenommen werden, daß der Geschäftsherr auch ein Geschäft mit in Kauf nimmt, das nur durch die weitere Vollmacht gedeckt ist, so kann sich der Dritte auf die weitergehende Bevollmächtigung berufen. [1]

Auf die konkrete Willensrichtung des Vollmachtgebers kommt es auch in den Fällen an, in denen er die Vertretungsbefugnis des Vertreters enger begrenzt als die Vollmacht. [2] Handelt es sich dabei um eine rein interne Weisung, dann wird die Vollmacht davon nicht berührt. Der Dritte braucht diese Beschränkung auch dann nicht gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte. [3] Will aber der Vollmachtgeber eine solche innere Beschränkung auch auf die Vollmacht wirken lassen, dann muß er sie, um das Rechtsgeschäft in seinem Sinne zu gestalten, dem Dritten kundtun. Im andern Falle wird der Dritte in seinem Vertrauen auf die umfassendere Vollmacht geschützt. [4]

Von dem Umfang der Vollmacht wird auch die Frage erfaßt, ob der Vertreter mit sich selbst kontrahieren darf. (§ 181) Das Gesetz verbietet die Selbstkontraktion grundsätzlich. Für den Vertreter macht es aber insoweit eine Ausnahme, als ihm in der Vollmacht die Vornahme von Rechtsgeschäften im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen gestattet werden kann. Durch das Verbot der Selbstkontraktion soll nach weitverbreiteter Auffassung vor allem einem Interessenwiderstreit zwischen Vollmachtgeber und Vertreter vorgebeugt werden. Diese Begründung ist aber m. E. nur zum Teil stichhaltig. Das von dem Vertreter mit sich abgeschlossene Geschäft ist nämlich nicht unheilbar nichtig. Es entsteht wie bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht ein Schwebezustand, der durch die nachträgliche Genehmigung oder Versagung seitens des Vertretenen behoben werden kann [5]. Dadurch ist dem Vertretenen genügend Gelegenheit gegeben, nach eingehender Prüfung des Für und Wider

---

[1] Hupka S. 212–215. —
[2] Endemann § 81 Anm. 27. —
[3] Laband S. 223. —
[4] Hupka S. 215 ff. — Planck § 167 Anm. 6 — Siehe auch Oertmann § 167 Anm. 6 und 7. —
[5] Lehmann S. 199. — Hupka S. 339 ff. — Oertmann § 181 2 b ß. — Planck § 181 Anm. 1, 2, 3. — Staudinger § 181 Anm. 18. —

ſeine Entſcheidung zu treffen. Genehmigt er das Geſchäft, ſo iſt es von Anfang an gültig, geſtattet er es nicht, ſo iſt es völlig unwirkſam. Irgendwelches Riſiko iſt daher auf Seite des Vertretenen nicht vorhanden.

Zum Umfang der Vertretungsmacht gehört endlich noch die Ernennung eines Subſtituten. Kann der Vertreter die von ihm vorzunehmenden Geſchäfte durch einen anderen beſtellen laſſen und zwar ſo, daß die Wirkungen aus dem von dem Unterbevollmächtigten abgeſchloſſenen Geſchäfte dem Vollmachtgeber gegenüber die gleichen ſind, als hätte der Vertreter ſelbſt abgeſchloſſen? Die richtige Löſung dürfte wohl Hupka [1] getroffen haben, wenn er ſagt, daß die Subſtitutionsbefugnis zur Vornahme von Rechtsgeſchäften weſentlich davon abhängt, ob der Geſchäftsherr nach Lage der Sache ein ſchutzwürdiges Intereſſe an der perſönlichen Ausführung des Geſchäfts durch den Vertreter hat oder nicht. Man wird alſo bei reinen Vertrauensverhältniſſen die Subſtitutionsbefugnis verneinen müſſen. [2] Durch die Unterbevollmächtigung kommt ein Vertragsverhältnis zwiſchen dem Geſchäftsherrn und dem Subſtituten nicht zuſtande, denn ſie iſt nur Überlaſſung der Machtausübung, nicht Übertragung der Rechtsmacht. [3] Die Untervollmacht erliſcht daher im Zweifel mit der Hauptvollmacht, wenn ſie von dem Hauptbevollmächtigten erteilt iſt. [4]

Ein anderer Fall, der m. E. fälſchlicherweiſe als Subſtitution bezeichnet wird, liegt dann vor, wenn der Bevollmächtigte einen ſog. Erſatzmann aufſtellt, der an ſeiner Stelle die Geſchäfte tätigt, er ſelbſt aber vollkommen aus dem Bevollmächtigungsverhältnis zwiſchen ihm und dem Vollmachtgeber ausſcheidet. Ganz abgeſehen davon, daß eine derartige Befugnis durch die Vollmacht beſonders geſtattet ſein muß, es handelt ſich ja um die Übertragung der Vollmacht ſelbſt, kann hierbei nicht von Subſtitution geſprochen werden. Denn der für die Untervollmacht weſentliche Vertreter verſchwindet ganz, beſtehen bleibt nur ein und zwar gänzlich neuer Bevollmächtigter, deſſen Vollmacht zwangsläufig inhaltsgleich mit der dem erſten Vertreter erteilten iſt. Hier handelt es ſich alſo um die Übertragung der Rechtsmacht, die durch Widerruf, Kündigung, Kraftloserklärung etc. endigt.

---

[1] Hupka S. 352. Zuſtimmend Oertmann § 167 8 b. —
[2] Staudinger § 167 Anm. 12 c. — Enneccerus § 167. — JW. 1912, 526. —
[3] JW. 1912, 526. —
[4] Staudinger § 167 Anm. 12 g. —

II. Teil.

Die Behandlung des eigentlichen Problems.

1. Objektiver Tatbestand.

Der Mißbrauch der Vertretungsmacht hat weder in früheren Rechtsordnungen noch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine gesetzliche Normierung gefunden. Zu dem Problem hat die höchstrichterliche Rechtsprechung, das RG. und das ROHG. in zahlreichen Entscheidungen Stellung genommen und auch die Rechtslehre befaßte sich oft in mehr oder weniger ausführlichen und gründlichen Darlegungen mit dieser Frage. Wenn auch die theoretische Struktur des Mißbrauchs der Vertretungsmacht auf Grund der verschiedenartigen gedanklichen Gegensätze bisher keine einheitliche Form gefunden hat, so kommt die praktisch-rechtliche Konstruktion erfreulicherweise doch zu einem überwiegend gleichartigen Ergebnis, mag man auch mancherorts mit den gefundenen Lösungen wegen der Forderung nach größerer Einfachheit und Einheitlichkeit nicht einverstanden sein.

Der Mißbrauch der Vertretungsmacht behandelt im Wesentlichen die Frage, welche Rechtswirkungen eintreten, wenn der Vertreter im Rahmen der ihm eingeräumten Vertretungsmacht handelt, aber die zwischen ihm und dem Auftraggeber bestehenden internen Weisungen überschreitet. Der Kernpunkt des Problems liegt demnach in dem Verhältnis des Geschäftsgegners zum Auftraggeber und berührt das zwischen Vertreter und Vertretenem bestehende Rechtsverhältnis nicht. Während dieses in den meisten Fällen auf einem bestimmten Vertragstypus beruht und infolgedessen seine Regelung durch die jeweils entsprechenden gesetzlichen Vorschriften findet, muß für jenes atypische Verhältnis erst im Wege einer rechtlichen Konstruktion eine vertretbare Lösung gefunden werden.

Der Mißbrauch der Vertretungsmacht verdankt seine Existenz der Unabhängigkeit von Vollmacht und Auftrag. Er ist ohne diese scharfe Trennung nicht denkbar. Denn die Instruktionen gelten nur zwischen Vertreter und Vertretenem, ihre Kraft erstreckt sich nicht auf die Vollmacht selbst. Es ist freilich möglich, daß interne Weisungen nicht nur das Innenverhältnis beschränken oder erweitern, sondern daß sie auch auf die Vollmacht, das Außenverhältnis, die gleichen Wirkungen haben sollen. Wann dies der Fall ist, muß im Einzelnen aus der Willensrichtung des Vollmachtgebers und aus der sinngemäßen Auslegung der Weisungen geschlossen werden. Eine

Durchbrechung des Unabhängigkeitsgrundsatzes bedeuten diese Beschränkungen jedoch nicht. Nicht zu übersehen sind auch solche Beschränkungen, die zwar nicht ausdrücklich erklärt, sich aber aus der ganzen Natur der Sache ergeben. Es ist daher klar, daß weder Geschäfte, die wegen ihres außergewöhnlichen Charakters auffallend aus dem allgemeinen Rahmen des üblichen Geschäftsbetriebes herausfallen, noch solche, die eindeutig dem Interesse des Vertretenen entgegenstehen, abgeschlossen werden dürfen. [1] Ferner sind als Vollmachtsbeschränkungen nicht anzusehen Vereinbarungen zwischen Vertreter und Vertretenem, die den gesetzlich festgelegten oder gesetzlich als unbeschränkbar bezeichneten Umfang der Vertretungsmacht gegen den Geschäftsgegner beschränken wollen. [2]

Diesen Instruktionen, die also nur für das Grundverhältnis Gültigkeit haben, muß der Vertreter zuwiderhandeln. Der Vertreter kontrahiert — er kann das auf Grund seiner Vollmacht — obwohl er dem Innenverhältnis nach nicht kontrahieren darf. In dieser Handlungsweise des Vertreters erschöpft sich der objektive Tatbestand des Mißbrauchs der Vertretungsmacht. Ein Verstoß gegen das „Nichtdürfen" des Vertreters hat für den Mißbrauch der Vertretungsmacht aber nur dann Bedeutung, wenn die Überschreitung gleichzeitig auch eine Schädigung des Geschäftsherrn nach sich zieht.

Der Eintritt dieses Erfolges ist aber auch von der subjektiven Einstellung des Vertreters abhängig. Sie läßt den objektiven Tatbestand jeweils in verschiedener Gestalt erscheinen und sie bestimmt das „Mehr", das die bloße Überschreitung haben muß, um als objektiver Tatbestand für den Mißbrauch der Vertretungsmacht verwertbar zu sein. Es ergibt sich daher die Möglichkeit, daß die Verletzung der dem Vertreter im Innenverhältnis gesetzten Schranken auch ohne jede Schädigung des Vermögens des Geschäftsherrn geschehen kann.

2. *Subjektiver Tatbestand.*

Wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, so wird er es in den seltensten Fällen darauf abgesehen haben, seinem Prinzipal einen Streich zu spielen. Er wird vielmehr einen ganz bestimmten Zweck damit verfolgen. Der Vertreter muß also bewußt seine Vertretungsmacht mißbrauchen, d. h. mit Wissen und Willen, also vorsätzlich. [3] Er muß wissen, daß er durch seine Handlungsweise das Innenverhältnis verletzt und daß diese wissentliche Ver-

---

[1] Hupka S. 191. — Macke S. 47. — Soergel I S. 259. — Kuhr S. 7. — Staud S. 51
[2] Siehe Staud S. 52.
[3] v. Tuhr II 2 S. 400. — Staudinger § 167 Anm. 8. — Enneccerus § 170 I. 4. — Macke S. 41. — Berger S. 25. —

letzung eine Überschreitung der ihm erteilten Instruktionen darstellt. Oft wird es vorkommen, daß der Vertreter über die ihm intern erteilten Weisungen hinausgeht, ohne sich des Ergebnisses seines Handelns bewußt zu sein. Er kann z. B. die Weisungen mißverstanden haben, er übersieht infolge des Umfangs und der Kompliziertheit der Erklärungen deren Tragweite, er irrt sich in der Auslegung der Instruktionen und glaubt noch im Rahmen derselben zu handeln und andere Gründe mehr. Eine auf solchen Umständen beruhende Verletzung des Innenverhältnisses, sei sie nun fahrlässig oder grob fahrlässig herbeigeführt, genügt nicht zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes in der Person des Vertreters. [1] Hierzu ist unbestritten Vorsatz erforderlich und genügend.

Es liegt in der Natur der Instruktionen begründet, daß der Vollmachtgeber durch ihre Abgabe an den Vertreter diese zu seiner eigenen Förderung gebraucht wissen will. Denn wollte er dies nicht, so wären sie überflüssig. In der Regel wird der Vertreter auch nach dem Willen und den Weisungen des Geschäftsherrn handeln. Es kann aber vorkommen, daß der Vertreter vor eine Entscheidung gestellt wird, die von ihm eine über die Grenzen der Weisungen hinausgehende Handlungsweise fordert. Überschreitet er so bewußt die Instruktionen des Geschäftsherrn und hat er dabei ausschließlich das Interesse des Geschäftsherrn im Auge, so genügt dieser Tatbestand allein nicht, die subjektive Seite des Mißbrauchs der Vertretungsmacht zu erfüllen. Welchen Grad von Verschulden der Vertreter bei der Überschreitung zu verantworten hat, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Vertretertätigkeit für den Vertretenen schädlich oder nützlich war, ob also der Erfolg der Betätigung in Wirklichkeit dem gewahrten Interesse entspricht oder nicht. Maßgebend ist allein der Wille des Vertreters. Die Überschreitung der Instruktionen ist daher nur dann wesentliches Tatbestandsmerkmal für den Mißbrauch der Vertretungsmacht, wenn der Vertreter sie in der Absicht begeht, den Vertretenen zu schädigen. [2] Dabei ist der Eintritt eines materiellen Schadens nicht erforderlich, die Handlung des Vertreters kann auch die Geschäftsehre, das Ansehen oder den Namen des Vollmachtgebers verletzen und in den Augen des Publikums oder des Dritten herabsetzen. Eine Schädigung des Interesses wird zwangsläufig in der mißbräuchlichen Handlungsweise des Vertreters mitenthalten sein, sodaß es m. E. nicht notwendig ist, vom Vorsatz auch die Verletzung des Interesses besonders zu fordern. [3]

---

[1] a. A. Hammel S. 2876, der die Erheblichkeit der subjektiven Momente überhaupt ablehnt und nur den objektiven Tatbestand fordert.

[2] Vgl. Staudinger I § 164, 21, § 178, 2. — Enneccerus-Nipperdey I § 170, I, 3, 4. — Kuhr S. 11. —

[3] a. A Berger S. 23. — zutreffend RGRK. § 166 Anm. 4. — Kuhr S. 11. — Macke S. 26, 41. — Staud S. 51. — Dittmar S. 26. —

Mit seinem vorsätzlichen, auftragwidrigen Beginnen beabsichtigt der Vertreter einen bestimmten Erfolg, der entsprechend seiner inneren willensmäßigen Einstellung nur in einer Benachteiligung seines Geschäftsherrn oder besser positiv ausgedrückt, in der Erlangung seines eigenen oder eines Dritten Vorteil beruhen kann. Es ist müßig, in diesem Zusammenhang auf den vielfach brennenden Streit einzugehen, in dem es darum geht, welche Absicht, die der Schädigung oder die der Bereicherung wohl weiter reicht und daher den Vorzug verdient. Wenn der Vertreter schon auf seinen eigenen Vorteil ausgeht, dann kann er das nur auf Kosten des Prinzipals oder desjenigen Dritten ‹nicht Geschäftsgegner›, in dessen Interesse der Vollmachtgeber die Instruktionen an den Vertreter erteilt hat. Der Schaden wird immer den treffen, demgegenüber sich das Ergebnis des von dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts auswirkt. Es ergibt sich sonach zwangsläufig eine Äquivalenz zwischen Schaden und Bereicherung. Vorteil des Vertreters ist Schaden des Prinzipals oder seines Hintermannes. Der Vorsatz auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil des Vertreters umschließt also als notwendige Folge die Schädigung des Geschäftsherrn.

Nach der Auffassung der Rechtsprechung und Literatur muß durch den auftragswidrigen Geschäftsabschluß ein Nachteil bereits entstanden sein, eine Verfügung über das Vermögen bereits eingetreten sein. [1] Entgegen dieser Ansicht vertreten Dittmar [2] und Kuhr [3] die Meinung, daß dies keineswegs erforderlich sei, daß die Schädigung zwar vom Vorsatz erfaßt, aber noch nicht eingetreten sein muß. M. E. ist diese Mindermeinung nicht vertretbar. Ansprüche aus dem Geschäft werden sich erst ergeben, wenn es abgeschlossen ist und die beiderseitigen Vermögensdispositionen, sowohl auf Seite des Vertretenen wie auf Seite des Geschäftsgegners, den Mißbrauch der Vertretungsmacht eindeutig aufdecken. Daß als Schuldart auch dolus eventualis genügt, ist unbestritten.

Zusammenfassend ergibt sich sonach Gesamttatbestand des Mißbrauchs der Vertretungsmacht:

„Mißbrauch der Vertretungsmacht liegt dann vor, wenn der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht von den ihm im Innenverhältnis erteilten Weisungen einem Dritten gegenüber zum Schaden des Geschäftsherrn einen vorsätzlich auftragwidrigen Gebrauch macht".

Die Gefahr des Mißbrauchs des Vertreters trägt grundsätzlich der Geschäftsherr. Denn die Bestellung eines Vertreters und der Umfang der diesem erteilten Vollmacht sind letzten Endes Ausdruck

---

[1] Lehmann § 36 VI 4. — Macke S. 27, 38. — v. Tuhr II 2 S. 400. — Staud S. 52. — Berger S. 22. — RG. 136, 309. —
[2] Dittmar S. 20. —
[3] Kuhr S. 10, 12. —

seines eigenen Willens allein. Es würde jedem gerechten Empfinden widersprechen, wollte man diese Gefahr den Dritten tragen lassen, der meist gar nicht imstande ist zu dem zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Innenverhältnis vorzudringen oder aus Gründen der Geheimhaltung absichtlich davon ferngehalten wird. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Er wird durchbrochen durch die Fälle der sog. Kollusion.

3. Die Kollusion und der subjektive Tatbestand in der Person des Dritten.

Aus Rechtsprechung und Rechtslehre haben sich im Laufe der Zeit als Kollusion folgende Tatbestände abgezeichnet:

1. Der Dritte weiß von dem vorsätzlich auftragwidrigen auf seinen eigenen Vorteil gerichteten Handeln des Vertreters und schließt mit dem gleichen Vorsatz auf Grund einer ausdrücklichen Übereinkunft oder eines vertragsmäßigen Zusammenwirkens mit dem Vertreter ab. [1]
2. Der Dritte weiß von dem Vorsatz des Vertreters nichts. Er hat aber unabhängig von dem Vorsatz des Vertreters einen besonderen, gleichwirkenden Vorsatz gefaßt und schließt so mit dem Vertreter ab. [2]
3. Der Dritte kennt den Vorsatz des Vertreters. Er verhält sich aber völlig indifferent, es kommt weder zu einer Übereinkunft mit dem Vertreter noch beabsichtigt er irgendeinen Vorteil für sich. [3]
4. Der Dritte veranlaßt den Vertreter durch Gewährung von Schmiergeldern zum Mißbrauch seiner Vertretungsmacht, um sich, dem Vertreter, oder beiden gleichzeitig einen Vermögensvorteil beim Abschluß des Geschäfts zu verschaffen. [4]
5. Der Dritte kennt den Vorsatz des Vertreters nicht, er war ihm aber erkennbar. [5]
6. Das fragliche Rechtsgeschäft ist von so ungewöhnlicher Art, daß der Dritte sich sagen muß, der Vollmachtgeber könne ein solches Geschäft unmöglich im Sinne haben. [6]

Würde man die ersten 4 Tatbestände vergleichsweise unter der strafrechtlichen Lupe betrachten, so ergäbe sich eine Mittäterschaft im 1., eine Nebentäterschaft im 2., eine Beihilfe durch Unterlassung

---

[1] Enneccerus § 178 IV. — Hupka S. 242. — Kuhr S. 18. — RGRK. § 26 Bem. 3.
[2] Kuhr S. 18. —
[3] Kuhr S. 19. — Düringer-Hachenburg § 50 Anm. 1, § 126 Anm. 9. — Hupka S. 241. —
[4] RG. 136, 359. —
[5] RG. 71, 29. —
[6] RG. 71, 219. — Dittmar S. 2. —

im 3. und eine Anſtiftung im 4. Falle. In allen 4 Teilnahmehandlungen weiſt die Schuldfrage keine Unterſchiede auf. Alle Handlungen verlangen Vorſatz. Wenn auch im 3. Falle der Dritte dem Geſchehen gleichgültig gegenüberſteht, ſo billigt er doch und zwar wiſſentlich das Vorgehen des Vertreters, weil er den Vorſatz des Vertreters kennt und ſich als ordentlicher Geſchäftspartner auf ſolche Machenſchaften nicht einlaſſen darf. Tut er es doch trotz dieſer Kenntnis, dann hilft er vorſätzlich dem Vertreter zu dem von dieſem beabſichtigten, betrügeriſchen Enderfolg. Da der Wille des Dritten entſcheidend iſt, ſo dürfte es nicht darauf ankommen, ob er ſelbſt aus dem Geſchäft einen Vorteil zieht oder nicht. M. E. beſtehen daher keine Bedenken, dieſe Tatbeſtände gemeinſam unter den Begriff der Kolluſion zu ſtellen.

Durch den 5. und 6. Tatbeſtand wird dann die Frage aufgeworfen, ob man ein Zuſammenwirken zwiſchen dem Vertreter und dem Dritten ſchon dann annehmen kann, wenn der Dritte aus Fahrläſſigkeit oder grober Fahrläſſigkeit den Vorſatz des Vertreters nicht kannte.

In den Fällen des geſetzlich feſtgelegten Umfangs der Vertretungsmacht, wie im HGB und beim geſetzlichen Vertreter, iſt dieſe Frage nach der herrſchenden Meinung zu verneinen. [1]

Bei der gewillkürten Stellvertretung dagegen gehen die Meinungen auseinander. So erklären v. Tuhr, Oertmann, Hupka u. a. [2] die Kolluſion, alſo das rein vorſätzliche Handeln des Dritten als allein rechtserhebliches Kriterium beim Vollmachtsmißbrauch. Andere [3] wieder ſubſummieren unter den Kolluſionsbegriff auch die auf grober Fahrläſſigkeit beruhende Unkenntnis des Dritten über den Vorsatz des Vertreters. Auch das RG. ſteht in dieſer Frage in einem ſtändigen Wandlungsprozeß und hat ſich bis heute noch nicht zu einem feſtſtehenden Tatbeſtand durchringen können. So hat es im 52. Bd. S. 99 ein beiderſeitig vorſätzliches Handeln gefordert. Von dieſer Erkenntnis geht es aber im 71. Bd. S. 219 ab und erklärt das abgeſchloſſene Geſchäft ſchon dann für den Vertretenen für unverbindlich, wenn der Mißbrauch offenbar und dem Dritten erkennbar war. Es läßt alſo ſchon fahrläſſige Unkenntnis des Mißbrauchs zum Nachteil des Dritten ausſchlagen, wobei es ſich in ſeiner Entſcheidung allerdings nicht darüber ausſpricht, welchen Grad von Fahrläſſigkeit es nun meint. Im Bd. 75, 299, 301, in dem ſich das RG. eingehend mit der Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht

---

[1] Dühringer-Hachenburg § 50 Anm. 1. — § 126 Anm. 9. — Staub § 50 Anm. 7. — § 126 Anm. 15. —

[2] v. Tuhr § 85 VI. — S. 400 Anm. 152. — Oertmann § 166 4 f. — Hupka S. 188. — Kuhr S. 18 ff. — Berger S. 27. —

[3] Staudinger § 164 Anm. 7. — § 167 Anm. 8 b. — RGRK. § 166 unter „Mißbrauch der Vollmacht". — Dittmar S. 29 ff. — Macke S. 46, 48. —

befaßt, fordert es zunächst grobfahrlässiges Nichtkennen des Mißbrauchs auf Seite des Dritten, erachtet es aber schließlich für genügend, wenn der Dritte den vorsätzlichen Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter hätte kennen müssen. ⟨Ebenso RG. 81, 257.⟩ Was es unter diesem „Kennenmüssen" versteht, darüber drückt es sich erst ganz klar im Bd. 83, 348 aus, wo es seiner Entscheidung in dieser Frage § 122 Abs. 2 BGB zugrundelegt und als „kennenmüssen" nicht nur grobfahrlässiges, sondern überhaupt jedes fahrlässige Nichtkennen bezeichnet. Eine noch tiefere Ausweitung des Begriffs der Kollusion, Dittmar [1]⟩ nennt diese Fälle „Quasikollusion", läßt dann die im Bd. 134, 67 gefällte Entscheidung erkennen, die als 6. Tatbestand auf Seite 15 dieser Arbeit aufgeführt ist.

Aus der Natur der Begriffe Vorsatz-Fahrlässigkeit ergibt sich, daß sie weder theoretisch noch hinsichtlich der auf ihnen beruhenden Rechtsfolgen auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können. Wenn auch zugegeben ist, daß die grobe Fahrlässigkeit sehr nahe mit dem Vorsatz verwandt ist, so bleibt sie doch ein Stein im Gebäude der Fahrlässigkeit und wird nicht etwa eine Abart des Vorsatzes. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, daß das Gesetz in zahlreichen Fällen einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Unkenntnis und grober Fahrlässigkeit feststellt, wie es dies z. B. in den §§ 523 Abs. 2 S. 1, 524 Abs. 2 S. 1, 539 S. 2, 851, 932 Abs. 2 S. 1, getan hat. Vorsatz ist Wissen und Wollen. Der Vertreter weiß um den Mißbrauch der Vertretungsmacht und um den Enderfolg, die Bereicherung und er will beides. Fahrlässigkeit dagegen ist gemäß § 276 Abs. 1 S. 2 BGB die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Der Dritte weiß also weder von dem Mißbrauch noch von dem beabsichtigten Enderfolg des Vertreters, er hat in seiner Vorstellung diese Momente überhaupt nicht aufgenommen und nur deswegen, weil er bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Kenntnis von der Schuld des Vertreters hätte erhalten müssen, soll ihn die ganze Schwere der Verantwortung treffen, genau so, als wenn er bewußt und gewollt mit dem Vertreter zusammengewirkt hätte. Diese Konsequenz ist unhaltbar. Dem RG und denen, die seine Auffassung teilen, also auch die Fahrlässigkeit zur Kollusion gehörig rechnen, muß daher die Gefolgschaft versagt werden. Für den Tatbestand der Kollusion ergibt sich demnach:

„Kollusion liegt vor, wenn der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelnd von den ihm im Innenverhältnis erteilten Weisungen zum Schaden des Geschäftsherrn einem Dritten gegenüber einen vorsätzlich auftragwidrigen Gebrauch macht und der Dritte dabei mitwirkt oder wenigstens den Vorsatz des Vertreters kennt."

---

[1]⟩ Dittmar S. 29. — Macke S. 50. —

Aus dieſer Definition ſoll nun keineswegs der Schluß gezogen werden, daß nur die von der Kolluſion umfaßten Tatbeſtände rechtliche Folgen nach ſich ziehen könnten und die Fahrläſſigkeit des Dritten unerheblich wäre, ſie ſoll vielmehr eine klare Scheidung zwiſchen Kolluſions- und Fahrläſſigkeitsfällen herbeiführen. Dies iſt notwendig, weil, wie aus dem Folgenden zu erſehen iſt, für beide Fälle eine einheitliche rechtliche Würdigung unmöglich iſt.

IV. Die Rechtswirkungen der Kollusion zwischen Vertretenem und Drittem:

1. Nichtigkeit.

An der Spitze ſeiner Ausführungen über die Sittenwidrigkeit hat Oertmann [1] den Fundamentalſatz geſtellt: „Nichtigkeitsgrund iſt Moralwidrigkeit des Geſchäfts, nicht der Geſchäftsgenoſſen." Er will damit ſagen, daß die Nichtigkeit des Rechtsgeſchäfts i. S. d. § 138 Abſ. 1 BGB nur eintreten kann, wenn das Rechtsgeſchäft für ſich allein betrachtet, ſein objektiver Inhalt gegen die guten Sitten verſtößt. Die Berückſichtigung der ſubjektiven Momente auf Seiten der Geſchäftsgenoſſen bei der Beurteilung des Beſtandes eines Rechtsgeſchäftes lehnt er ausdrücklich ab. Die herrſchende Meinung ſteht im weſentlichen auf dem gleichen Standpunkt, wenn ſie auch unter dem Einfluß der Rechtſprechung des RG zu einer etwas großzügigeren Auffaſſung namentlich bei der Verwertung der ſubjektiven Kriterien gekommen iſt. Das RG nimmt einen die Nichtigkeit des Rechtsgeſchäfts begründenden Verſtoß gegen die guten Sitten ſchon dann an, wenn der Geſamtcharakter des Geſchäfts mit dem „Anſtandsgefühl der Volksgenoſſen, mit einer dem Durchſchnitt entſprechenden billigen, gerechten und anſtändigen Geſinnung in Widerſpruch ſteht". [2] Es kommt alſo darauf an, ob das Rechtsgeſchäft nach „ſeinem aus der Zuſammenfaſſung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Geſamtcharakter, nach den objektiven und ſubjektiven Momenten, gegen die guten Sitten verſtößt". [3]

Dies dürfte in allen Fällen der Kolluſion zutreffend ſein. Ganz klar iſt die Sachlage, wenn Vertreter und Dritter bewußt und gewollt zuſammenwirkten, um den Vertretenen zu ſchädigen. Auch in dem bereits zit. Schmiergelder-Fall hat ſich die herrſchende Meinung zur Nichtigkeit als Rechtswirkung bekannt. Gerade aber dieſer Fall hat Dittmar [4] Veranlaſſung gegeben, die Anwendung des § 138

---

[1] Oertmann § 138 Anm. B 1 c ß
[2] RG. 128, 86. — 48, 114. — 63, 391. — 80, 221. — u. a. m.
[3] Staudinger § 138 Bem. I 3. — Enneccerus § 178 II. 1. —
[4] Dittmar S. 31. —

auf die Fälle der Kolluſion überhaupt abzulehnen. Er trennt richtig das von dem Vertreter unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft von dem Vertrag über die Zahlung von Schmiergeldern und folgert, daß auf Grund der mangelnden rechtlichen Schickſalsgemeinſchaft beider Rechtsgeſchäfte die Sittenwidrigkeit des einen nicht auch die des anderen herbeiführen könnte. Selbſt Oertmann [1] kommt aber in dieſem Falle zur Nichtigkeit. Aber auch der Fall, in dem der Vertreter und der Dritte, jeder für ſich allein, ohne daß der eine den betrügeriſchen Vorſatz des anderen kennt, dürfte inſofern keinem Bedenken begegnen, als auf beiden Seiten das Maß der Sittenwidrigkeit gleich groß iſt. Es wäre zu formaliſtiſch, wollte man dies unbewußte Zuſammenwirken in Inhalt, Zweck und Beweggrund nicht ebenfalls als unſittlich in ſeinem Geſamtcharakter gelten laſſen. Verſtößt der Dritte aber auch dann gegen die guten Sitten, wenn er den Vorſatz des Vertreters zwar kennt, im übrigen aber untätig bleibt? Die Bezeichnung des Verhaltens des Dritten als „Beihilfe durch Unterlaſſung" zeigt, daß der Dritte zu dem ſittenwidrigen Vorgehen des Vertreters ſchweigt, ſtille hält und durch die Bereitſchaft zum Abſchluß oder durch den Abſchluß des Geſchäfts beweiſt, daß er die Tat des Vertreters billigt, ihn alſo praktiſch in ſeinem Drang zum ſittenwidrigen Enderfolg unterſtützt. Entſpricht dieſes Verhalten des Dritten einer „gerechten und anſtändigen Geſinnung"? Die Verneinung dieſer Frage bedeutet die Bejahung eines Zuſammenwirkens zwiſchen Vertreter und Drittem, alſo die Herſtellung eines im Geſamtgepräge gegen die guten Sitten gerichteten, wechſelſeitigen Verhaltens, das die Nichtigkeit des Rechtsgeſchäfts zur Folge haben muß. [2]

Es kann ſomit feſtgeſtellt werden, daß man durch die Anwendung des § 138 I. BGB in allen Fällen der Kolluſion zu einem durchaus brauchbaren Ergebnis kommt. Die Folge iſt, daß dieſe Löſung alle anderen ausſchließt. Denn iſt jedes unter Kolluſion abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft nichtig, dann iſt für andere Rechtsbehelfe kein Raum mehr und auch kein Bedürfnis mehr vorhanden, den Vertretenen auf andere Weiſe zu ſchützen. Der Vollſtändigkeit halber ſollen jedoch auch die übrigen Löſungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

2. Schadenerſatz:

Um die ihm durch die Kolluſion zwiſchen Vertreter und Drittem zugefügten Nachteile wiedergutzumachen, kann der Vertretene 2 Wege gehen:

---

[1] Oertmann § 166 4 f. —
[2] Berger S. 29. —

1. Der Vertreter kann durch den Mißbrauch der Vertretungsmacht den ſtrafrechtlichen Tatbeſtand des Betrugs [1] und der Untreue [2] erfüllen. Dieſe Vorſchriften ſind Schutzgeſetze i. S. des § 823 Abſ. 2 BGB und löſen einen Schadenserſatzanſpruch zunächſt nur gegen den Vertreter aus. Der Mitwirkung des Dritten ſteht aber ſtrafrechtlich die Teilnahme gleich, ſodaß der Dritte durch die vorſätzliche Schädigung des Vertretenen ſich ebenfalls des Betruges oder der Untreue ſchuldig macht, und zum Erſatz des entſtandenen Schadens verpflichtet iſt. Für die Würdigung eines fahrläſſigen Verhaltens gibt dieſe Beſtimmung keinen Raum.

Die Anwendung der §§ 823 Abſ. 1 und 830 BGB kommt hier nicht in Betracht, weil der Mißbrauch der Vertretungsmacht weder die Verletzung eines der in § 823 Abſ. 1 ausdrücklich aufgezählten Rechte noch die eines „ſonſtigen Rechtes" darſtellt.

2. Gemäß § 826 BGB iſt derjenige zum Erſatze des Schadens verpflichtet, der in einer gegen die guten Sitten verſtoßenden Weiſe einem andern vorſätzlich Schaden zufügt. Die im vorigen Kapitel getroffene Feſtſtellung, daß die Fälle der Kolluſion ohne Einſchränkung ein Verſtoß gegen die guten Sitten enthalten, erübrigt eine nochmalige Prüfung dieſer auch für den § 826 notwendigen Vorausſetzung. Ein Unterſchied, der aber unerheblich iſt, beſteht lediglich darin, daß dort das ganze Rechtsgeſchäft ſittenwidrig ſein muß, während ſich hier die Sittenwidrigkeit nur auf die Benachteiligung des Vertretenen bezieht. [3]

Ausgeſchloſſen von der Geltendmachung eines Schadenserſatzanſpruches ſind natürlich die Schäden, die durch die Wahrung des eigenen wirtſchaftlichen Intereſſes im Wettbewerb der einzelnen Parteien entſtehen. Denn es kann niemandem zugemutet werden, etwa aus reiner Nächſtenliebe, ſeine Intereſſen hinter die eines anderen zurückzuſtellen. Jeder iſt berechtigt, ſich im geſchäftlichen Leben frei zu bewegen und die Mittel [4] anzuſetzen, die zur Erreichung des für ihn günſtigſten Erfolges notwendig ſind. Qui suo iure utitur, neminem laedit.! Erſt wenn die normalen Geſchäftsvorteile zu dem Schaden in keinem erträglichen Verhältnis mehr ſtehen iſt § 826 anwendbar. Auf die Art des Schadens kommt es dabei nicht an, auch nicht darauf, ob der Dritte ſich durch das Geſchäft einen beſonderen Vorteil verſchafft hat oder nicht.

Der gegen den Dritten gerichtete Anſpruch geht gemäß § 249 S. 1 BGB auf Naturalreſtitution. Der Dritte muß alſo den Zuſtand wieder herſtellen, wie er ohne das ſchädigende Ereignis beſtehen würde. Das iſt aber nur dadurch möglich, daß der Vertretene und

---

[1] § 263 RSTGB. —
[2] § 266 Abſ. 1 RSTGB. —
[3] Enneccerus § 230 II 3 b u. d. dort. Lit.
[4] Enneccerus § 230 III und III g, i. —

Geschädigte von den durch das Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Dritten entstandenen Verpflichtungen befreit wird. Der Ersatz des Schadens kann somit nur in einem Verzicht des Dritten auf die Geltendmachung des aus dem Vertragsverhältnis ihm zugefallenen obligatorischen Anspruchs bestehen. [1]

Die unerlaubte Handlung des § 826 verlangt Vorsatz, Eventualdolus genügt. Über das fahrlässige Verhalten des Dritten kann daher auch auf diese Weise nicht entschieden werden.

Neben dieser auch von Hupka [2], Oertmann [3] und v. Tuhr [4] vertretenen Lösung geben diese Autoren konsequenterweise dem Vertretenen die Einrede aus § 853 BGB, falls der Dritte die aus der unerlaubten Handlung erlangte Forderung geltend macht, der Vertretene also in die Rolle des Beklagten zurückgedrängt wird. Durch die Einrede aus § 853, die dem Dritten vorwirft, eine Forderung auf eine vorsätzlich gegen die guten Sitten verstoßende Art und Weise erlangt zu haben, wird der Verletzte zur Verweigerung seiner Leistung berechtigt. Hat der Dritte nur Fahrlässigkeit zu vertreten, so versagt die Einrede.

Sind durch die Kollusion die Tatbestände des § 138 als auch die der §§ 823 II und 826 erfüllt, so kann der Vertretene weder Befreiung von der aus dem zwischen Vertreter und Drittem abgeschlossenen Rechtsgeschäft entstandenen Verpflichtung verlangen noch die Einrede aus § 853 geltend machen. Denn § 138 geht weiter als die Schadensersatzbestimmungen. Falls aber dem Vertretenen durch den Mißbrauch der Vertretungsmacht ein weiterer Schaden entstanden ist, kann er diesen nach § 823 II und § 826 sich von dem Dritten ersetzen lassen.

3. Lösungsversuche aus den Vorschriften der Stellvertretung.

a. Die Anwendung des § 181 BGB:

Von dem Gedanken ausgehend, daß eine Frage der Stellvertretung in erster Linie aus den Vorschriften über die Stellvertretung zu beantworten sei, haben mehrere Schriftsteller [5] versucht, das Problem des Mißbrauchs durch analoge Anwendung des § 181 BGB zu bewältigen. Ihre Ansicht begründen sie mit der Behauptung, § 181 stelle die Normierung eines Spezialfalles dar, herausgegriffen aus einer Anzahl solcher Fälle, in denen der Vertreter „im eigenen

---

[1] RGRK. II S. 587. — RG. 70, 193. — 71, 432. — 75, 338. —
[2] Hupka S. 241. —
[3] Oertmann § 1666 4 f. —
[4] v. Tuhr § 85 S. 399 ff. —
[5] Staudinger § 181 Anm. 9 a und die dortige Literatur

Intereſſe" kontrahiere. Das Handeln „im eigenen Intereſſe" ſei der in § 181 verankerte eigentliche Grundgedanke, die dargeſtellte Selbſtkontraktion nur ein beſonders markanter, den Intereſſenkonflikt beſonders deutlich wiedergebender Fall. Die Vorſchrift bezwecke ganz allgemein den Schutz des Vertretenen, darum ſei nach ihr auch der Mißbrauch der Vertretungsmacht zu behandeln, der genau ſo gegen die Intereſſen des Vertretenen verſtieße wie die unerlaubte Selbſtkontraktion.

Es iſt bereits darauf hingewieſen worden, daß ſich die Exiſtenz des § 181 nicht ausſchließlich durch eine Intereſſenkolliſion begründen läßt, weil das „Mit ſich Geſchäft" als genehmigungsfähiges Rechtsgeſchäft keine Gefahr für den Vertretenen mit ſich bringt. Oder iſt es nicht möglich, daß der Vertreter mit ſich abſchließt, ohne dabei die Intereſſen des Vertretenen zu verletzen? Wenn A beiſpielsweiſe den Vertreter B mit dem Verkauf ſeines Hauſes beauftragt, warum ſoll dann B dieſes Haus nicht zum ſelben Preis kaufen können wie ein anderer? Dabei mag für B vielleicht die Lage, die Bauart oder ſonſtige Gründe von beſonderem Intereſſe ſein, denen des A jedoch tun ſie in keiner Weiſe Abbruch. A wird das Geſchäft daher auch dann genehmigen, wenn B zur Selbſtkontraktion nicht berechtigt war. Daraus erhellt ohne weiteres, daß das Abſchließen mit ſich nicht indentiſch iſt mit „eigenem Intereſſe" und das „eigene Intereſſe" nicht etwa gar der Oberbegriff für das Inſichkontrahieren iſt. Eine Intereſſenabwägung, die gleichbedeutend mit einem dem Vertretenen zugebilligten Vertrauensſchutz wäre, ſpielt im Bereich des § 181 keine Rolle, ganz abgeſehen davon, daß der Wortlaut des Geſetzes auch nicht einmal andeutungsweiſe davon ſpricht. Ausſchlaggebend für das Verbot des § 181 iſt lediglich die Art des Geſchäftes, [1] eine Vorausſetzung, die beim Mißbrauch der Vertretungsmacht und beſonders in den Fällen der Kolluſion höchſtens für die Bewertung der moraliſchen Grundlage des Geſchäfts eine gewiſſe Bedeutung erlangen könnte.

Mit Recht iſt daher dieſe weitgehende Auslegung des § 181 von der Rechtslehre und der Rechtſprechung abgelehnt worden. [2]

b. Die Anwendung der §§ 169—173 BGB.

Zum 1. Male hat das RG im Bd. 75, 229 ff den Mißbrauch der Vertretungsmacht mit den Beſtimmungen der §§ 169—173 in Berührung gebracht. Es hat dort ausgeführt:

---

[1] RG. 68, 175. — 71, 164. — 76, 89. — 103, 418. — 108, 407. — JW. 1931, 22303. —

[2] Enneccerus § 168 Anm. 12. — Oertmann § 181 Anm. 5 d. — RGRK. § 181 Anm. 1. — Dittmar S. 32. — Berger S. 42. — Hammel JW 1933 S. 2878. —

„Unstreitig ist, daß sich die früheren Testamentsvollstrecker der Untreue schuldig gemacht haben. Hätte die Beklagte dieses pflichtwidrige Verhalten erkannt, ... so würde ohne Zweifel das Geschäft für die Erben unverbindlich gewesen sein. Aber auch schon ein der Beklagten zur Last fallendes grobes Verschulden müßte die Unverbindlichkeit begründen und ein solch grobes Verschulden würde vorliegen, wenn die Beklagte den von den früheren Vollstreckern mit der ihnen kraft ihres Amtes zustehenden Vertretungsmacht betriebenen Mißbrauch hätten erkennen müssen. Dies ergibt sich aus den gesetzlichen Vorschriften über die Vollmacht. Richtig ist, daß nach dem BGB zu trennen ist der das Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bestimmende Auftrag und daß ein auftragwidriges Verhalten des Vertreters an sich nicht das Rechtsverhältnis berührt, das kraft der Vertretungsmacht zwischen dem Vertretenen und dem Dritten begründet worden ist. Allein die Vollmacht kann, wenn man nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in ihr ein abstraktes Rechtsgeschäft sieht, doch in ihren Wirkungen nicht als völlig von dem Kausalgeschäft losgelöst beurteilt werden. Die enge Verbindung mit diesem zeigt § 168, wonach sich das Erlöschen nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse bestimmt. Das Gesetz hat aber auch gerade in Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten in weitem Umfang der Billigkeit Rechnung getragen. In den Fällen der §§ 169 bis 172 kann das Erlöschen der Vollmacht dem Dritten, der es nicht gekannt hat, und auch nicht kennen mußte, nicht entgegengesetzt werden. Eine nicht gerechtfertigte, ungleichartige Behandlung wäre es, wenn es dem Vertretenen nicht gestattet wäre, dem Dritten gegenüber die Haftung aus der mißbrauchten Vollmacht in solchen Fällen abzulehnen, wo der Mißbrauch hätte erkannt werden müssen. Das Gesetz will dem berechtigten Verkehrsinteresse Schutz gewähren. aber schutzbedürftig sind nicht nur die Interessen des Dritten, sondern auch die des Vertretenen. In wesentlicher Übereinstimmung der Rechtsprechung des I. und IV. Senates nimmt deshalb auch der jetzt erkennende Senat an, daß aus einem durch einen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Rechte gegen den Vertretenen dann nicht hergeleitet werden können, wenn der Vertreter bewußt die Vollmacht zum Nachteile des Vertretenen mißbraucht hat und der Dritte dies hätte erkennen müssen".

In Anlehnung an diese Gedankengänge hat nun Kipp in seinem Aufsatz „Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht" [1] ebenfalls die Meinung vertreten, daß auf den Mißbrauch der Vertretungsmacht die das Erlöschen der Vollmacht behandelnden Vorschriften der §§ 169, 173 analog anzuwenden sind. „Ein Rechtsgeschäft, welches ein Vertreter in wissentlichem Mißbrauch seiner an

[1] Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben Bd. 2, 273.

und für sich gegebenen Vertretungsmacht vornimmt, während der, dem gegenüber es vorgenommen wird, weiß oder infolge Fahrlässigkeit nicht weiß, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, wird durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt". [1] Diese Begründung führte Kipp zu dem grundsätzlichen Ergebnis, daß „aus Rechtshandlungen eines Vertreters keine Rechte gegen den Vertretenen hergeleitet werden können, wenn der Vertreter bewußt die Vollmacht zum Nachteil des Vertretenen mißbraucht hat und der Dritte dies weiß oder wissen mußte." [2]

Um die Frage der Analogie beurteilen zu können, ist es zunächst erforderlich, sich die Vorschriften über das Erlöschen der Vollmacht etwas genauer anzusehen.

Gemäß § 168 S. 1 BGB bestimmt sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Durch diese etwas unglückliche Fassung des Gesetzes hat es den Anschein, als sollte nunmehr von der unbestrittenen Unabhängigkeit zwischen Vollmacht und Innenverhältnis abgegangen werden. Dem ist aber nicht so. Die Bestimmung des § 168 S. 1 gilt natürlich auch, wenn dem Dritten gegenüber die Vollmachtserklärung abgegeben wurde, allerdings mit der in § 170 ausgesprochenen Maßgabe, daß diesem gegenüber die Vollmacht solange in Kraft bleibt, bis ihm der Vollmachtgeber das Erlöschen anzeigt. Auch in den Fällen der besonderen Kundgebung nach § 171, 172 bleibt die Vertretungsmacht bestehen, bis sie auf dieselbe Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird. Erforderlich ist also besondere Mitteilung an den Dritten, öffentliche Bekanntmachung, Rückgabe der Vollmachtsurkunde an den Vollmachtgeber oder deren Kraftloserklärung. In diesen Fällen wird also vom Gesetz eine Scheinvollmacht angenommen, auf die sich der gutgläubige Dritte berufen kann. Diese Möglichkeit hat der Dritte aber nach § 173 dann nicht mehr, wenn er das Erlöschen der Vollmacht bei Abschluß des Rechtsgeschäfts mit dem Vertreter kannte oder kennen mußte. Eine Berufung auf die Scheinvollmacht ist dann ausgeschlossen.

Der Fortbestand des Auftrags gemäß § 674 BGB oder der Geschäftsführungsbefugnis nach § 729 BGB zugunsten eines gutgläubigen Beauftragten oder Gesellschafters gilt gemäß § 169 unter den gleichen Bedingungen auch hinsichtlich der Vollmacht für einen Dritten, der das Erlöschen der Vollmacht weder kannte noch kennen mußte. [3]

Zusammenfassend ergibt sich demnach aus den Bestimmungen der § 169—173, daß sich der Dritte das Erlöschen des Innenverhältnisses stets vorhalten lassen muß, wenn er von dem Erlöschen

---

[1] S. 287. —
[2] Kipp S. 285/286. —
[3] Enneccerus § 174 II. —

Kenntnis hatte oder seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht. Der Weg, sich in diesem Falle auf die Scheinvollmacht zu stützen, ist ihm verschlossen.

Diese Bestimmungen nun im Analogieschluß auf den Mißbrauch der Vertretungsmacht angewendet ergeben, daß der Dritte, wie er die Kenntnis oder die fahrlässige Unkenntnis beim Erlöschen des Innenverhältnisses vertreten muß, so auch das Kennen oder Kennenmüssen beim Überschreiten des Innenverhältnisses durch den Vertreter zu verantworten hat.

Das „Kennen" des Dritten stellt sich, wie bereits a. a. O. ausgeführt, als ein Fall der Kollusion dar, sodaß im Rahmen dieser Erörterungen nicht weiter darauf eingegangen werden braucht.

Was die fahrlässige Unkenntnis des Dritten angeht, so gilt auch hier, daß den Dritten interne Abmachungen und Anordnungen grundsätzlich nichts angehen. Aber auch dieser Grundsatz findet natürlich da seine Grenzen, wo entweder eine im ständigen Rechtsverkehr entwickelte Auffassung oder das Gesetz unmittelbar ein anderes fordert. Sowohl beim Erlöschen der Vollmacht als auch bei deren Überschreitung werden an das fahrlässige Verhalten des Dritten Rechtsfolgen geknüpft. Es fragt sich nun aber, wie sich der Dritte verhalten muß, um der Gefahr eines fahrlässigen Handelns aus dem Wege zu gehen. Eine Nachforschungspflicht kann dem Dritten billigerweise nicht zugemutet werden, denn: das Erlöschen der Vollmacht ist ungewiß, der Dritte müßte sich demnach ständig über den Bestand der Vollmacht vergewissern. Der Mißbrauch der Vertretungsmacht ist ebenso unsicher. Auch hier müßte der Dritte entweder die internen Weisungen genauestens erkunden oder eine fortwährende Kontrolle über das Tun des Vertreters ausüben. Der dem Dritten aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit gewährte Gutglaubensschutz würde damit illusorisch.

Der Dritte handelt fahrlässig nicht schon dann, wenn er ohne besondere Veranlassung Erkundigungen unterläßt, sondern erst dann, wenn Umstände zutage treten, die ihn bei vernünftiger Überlegung auf einen Mangel hinweisen, oder das fragliche Rechtsgeschäft von so außergewöhnlicher Natur ist, daß sich der Dritte sagen muß, der Vollmachtgeber könne ein solches Geschäft unmöglich im Sinne haben. Sucht er diese aufgetauchten nicht durch andere Maßnahmen zu beseitigenden Zweifel jetzt nicht durch Erkundigungen auszuräumen, und schließt er ab, ohne sich über die wahre Sachlage informiert zu haben, so handelt er fahrlässig. [1] Diese Begründung der Fahrlässigkeit erhebt Anspruch auf allgemeine Gültigkeit, sie ist nicht etwa beim Erlöschen der Vollmacht anders als beim Mißbrauch der Vertretungsmacht.

---

[1] Staudinger § 173. —

Bei Anwendung der §§ 169—173 auch auf die Fälle der Überschreitung des Innenverhältnisses durch den Vertreter, ergibt sich sonach ein Rechtsgeschäft, das der Dritte trotz fahrlässiger Unkenntnis des Mißbrauchs der Vertretungsmacht abgeschlossen hat, durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt wird. [1] Die Anwendung der §§ 169—173 rechtfertigt somit den Schluß, daß sowohl beim Erlöschen der Vollmacht — die Vertretungsmacht ist im Innenverhältnis erloschen, wirkt aber noch nach außen — als auch beim Mißbrauch der Vertretungsmacht — die Vertretungsmacht ist im Innenverhältnis überschritten, wird aber von der Außenvollmacht noch gedeckt — ein Handeln ohne Vertretungsmacht vorliegt, auf das die Bestimmung des § 177 zutrifft. [2] Dieses Ergebnis gilt ohne weiteres für Verträge, bei einseitigen Rechtsgeschäften kommen § 180 S. 1, in Ausnahmefällen § 180 S. 2 und 3 in Betracht.

Hammel hat in seinem Aufsatz die Erheblichkeit der subjektiven Momente auf Seite des Vertreters überhaupt bestritten. Er stellt nur auf den objektiven Tatbestand ab und läßt es zu einem Mißbrauch schon dann kommen, wenn der Vertreter völlig unbewußt seine Befugnisse im Innenverhältnis überschreitet. Diese Ansicht ist als zu weitgehend abzulehnen. Sie steht selbst im Gegensatz zu Kipp, als dessen Dolmetsch Hammel anzusehen ist.

Einer kritischen Würdigung kann aber m. E. auch diese Konstruktion nicht standhalten. Dittmar [3] hat eine Analogie zu den §§ 169—173 ausdrücklich abgelehnt. In seiner Begründung hierzu führt er aus, daß eine Betätigung im Rahmen einer Vertretungsmacht nicht einfach als eine vollmachtlose angesehen werden könne. Er hat damit den Kernpunkt der Sache getroffen. Hammel sieht aber gerade in der Gleichstellung und Gleichwertung dieser beiden Vorgänge, nämlich des Erlöschens und der Überschreitung der Vollmacht das A und O des Problems. Während beim Erlöschen der Vollmacht diese in Wirklichkeit nicht mehr besteht, sondern nur zum Schutze eines gutgläubigen Dritten als weiterbestehend fingiert wird, rührt das Überschreiten des Innenverhältnisses an dem Bestand der Vollmacht überhaupt nicht, ja die Frage des Problems hat gerade zur Voraussetzung, daß der Vertreter im Rahmen der Vertretungsmacht handelt. Ist der das Innenverhältnis ausmachende Auftrag erloschen, so kann er von dem Vertreter nicht mehr mißbräuchlich überschritten werden. Denn jedes Überschreiten eines Gebotes oder Verbotes setzt die Existenz eines solchen voraus. Besteht aber ein Innenverhältnis und überschreitet dies der Vertreter, so wird er dadurch niemals zum vollmachtlosen Vertreter. Denn dieses Rechtsinstitut stellt nur auf die Vollmacht, das Außenverhältnis ab und ist

---

[1] Kipp S. 287/288. — Enneccerus § 170, 4. — Hammel JW 1933, 2877. —
[2] Hammel S. 2877. —
[3] Dittmar S. 32, 28. —

nur gegeben, wenn dem Vertreter entweder überhaupt keine Vollmacht erteilt oder die erteilte Vollmacht unwirksam ist oder wenn der Vertreter zwar Vollmacht hat, aber die Grenzen derselben überschreitet. Da somit dem Innenverhältnis beim Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht keine Bedeutung zukommt, so ist es völlig gleichgültig, wie sich der Dritte zu dem Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter stellt. Darauf kommt es aber beim Mißbrauch der Vertretungsmacht gerade an. Wenn aber diese Voraussetzung bei analoger Anwendung der §§ 169—173 erfüllt sein muß, dann können die Rechtsfolgen nicht aus einer Bestimmung hergeleitet werden, bei der das Gegenteil der Fall ist. An dieser Stelle scheint daher die Frage nicht unberechtigt, ob die für das Erlöschen der Vollmacht geltende Regelung nach den §§ 169—173 selbst für die Fälle des Erlöschens billig sind. Durch die besonderen Arten der Mitteilung über das Bestehen einer Vertretungsmacht nach den §§ 171, 172 wurde der Dritte zu einem ungewöhnlichen Vertrauen auf die Vertretungsmacht veranlaßt. Dieser besondere Schutz wird aber durch die nach § 173 dem Dritten auferlegte Prüfungspflicht stark in seiner Wirkung herabgesetzt. Es erscheint daher unbillig, das Rechtsgeschäft nach § 177 für schwebend unwirksam zu betrachten, wenn der Vollmachtgeber selbst durch sein äußeres Verhalten dasjenige des Dritten vornehmlich beeinflußt hat.

Zu einem im wesentlichen gleichartigen Ergebnis wie Hammel kommt Siebert [1] in seinem Aufsatz: „Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht." Durch seine Rechtsmißbrauchslehre, die ihre Grundlage in dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken hat, sucht er allen Rechten und Rechtsverhältnissen, auch der Vertretungsmacht, das gemeinsame Kriterium der Pflicht und Treue als essentiale anzuheften, um damit in allen Fällen, in denen vom Recht ein nicht zu billigender Gebrauch gemacht wird, die gleichen Konsequenzen ziehen zu können. Diese Einheit von Pflicht und Recht begrenzt nach seiner Ansicht auch den Umfang der Vollmacht und zwar nicht nur den der rechtsgeschäftlichen, sondern auch den der gesetzlichen. Obwohl Siebert weder die Selbständigkeit von Vollmacht und Grundverhältnis noch ihre Unabhängigkeit antastet, läßt er durch seinen Pflichtgedanken das Innenverhältnis und die Vollmacht zu einem gemeinsamen Ganzen verschmelzen. Der Mißbrauch der Vertretungsmacht kann nur in Erscheinung treten, wenn der Vertreter entgegen seiner Pflicht von seinem Recht einen unbilligen Gebrauch macht und der Dritte diesen Rechtsmißbrauch erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Ob der Vertreter dabei bewußt oder unbewußt handelt, ist völlig gleichgültig, es kommt auch nicht darauf an, ob die Vollmacht beschränkt oder unbeschränkbar war, denn ihr Umfang hört

[1] Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft S. 629. —

da auf, wo die Pflichtſtellung des Vertreters zu wirken beginnt. Handelt alſo der Vertreter gegen ſeine Pflicht, ſo überſchreitet er ſein Recht, beſtehend aus dem pflichtgebundenen Innen- und Außenverhältnis d. h. er mißbraucht ſeine Vertretungsmacht und wird dadurch zu einem Vertreter ohne Vertretungsmacht. Dieſe Pflichtwidrigkeit kann ſich aber gegen den Dritten nur auswirken, wenn ſie dieſem erkennbar war. „Es iſt alſo niemals möglich, daß eine Pflichtwidrigkeit gegen Dritte wirkt, gleichwohl aber noch im Rahmen der Vertretungsmacht liegt". [1]

Wie das Ergebnis ſeiner Unterſuchungen in Wahrheit ausſieht, läßt Siebert durchblicken, wenn er feſtſtellt: [2] „Die Selbſtändigkeit der Vertretungsmacht wird hier allerdings, wenigſtens in Bezug auf den Umfang der Vertretungsmacht, aufgehoben. Die Häufung von Abſtraktheit und Verkehrsſchutz wird damit beſeitigt, es bleibt nur der Grundſatz des Verkehrsſchutzes ⟨ſoweit er berechtigt iſt⟩. Die früher allein aus dem Innenverhältnis abgeleitete Pflicht des Vertreters zur getreuen Ausübung der Vertretungsmacht wird zum geſtaltenden Maßſtab für den Umfang der Vertretungsmacht ſelbſt".

Eine Stütze ſeiner Theſe ſieht Siebert außerdem in den Beſtimmungen der §§ 49 BGB 149, 298 HGB und 78 GmbHges., nach denen die Vertretungsmacht der Liquidatoren „kauſal begrenzt" ſei und nur gegen ſolche Dritte nicht wirkten, denen die Pflichtwidrigkeit des Vertreters nicht erkennbar war. Auch nach § 54 HGB müßte ein Dritter Vollmachtsbeſchränkungen nur dann gegen ſich gelten laſſen, wenn er ſie kannte oder kennen mußte. Dieſe Beſtimmungen ſeien nicht etwa Ausnahmefälle, ſondern ſtellten in Wirklichkeit einen Grundſatz hinſichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht dar.

Der Pflichtgedanke Sieberts als leitendes Motiv ſeiner Lehre iſt m. E. gerade bei der Stellvertretung nichts Neues. Die Stellvertretung als ein ausgeſprochenes Vertrauensverhältnis verlangt von dem Vertreter immer eine Haltung, die Treu und Glauben rechtfertigt. Die Pflichtauffaſſung des Vertreters iſt eine ganz natürliche und es wäre ſchlecht beſtellt, wenn dem nicht ſo wäre und bei jedem Vertretungsverhältnis die Gefahr der Pflichtverletzung näher ſtände als das Pflichtgefühl. Die aus der Pflichtſtellung des Vertreters geborene Brücke zwiſchen Grundverhältnis und Vollmacht führt m. E. auch beim redlichſten Bemühen zu keinem anderen Ergebnis als zur Leugnung der Unabhängigkeit von Innenverhältnis und Vollmacht. Siebert mag dies auch beſtreiten, der Enderfolg jedenfalls beweiſt das Gegenteil. Er kehrt damit zum Ausgangspunkt des Kampfes zurück, den Laband endlich und endgültig beendigte. Der Mißbrauch der Vertretungsmacht iſt objektiv erfüllt durch das Überſchreiten der

[1] S. 643. —
[2] S. 644. —

Vertretungsmacht. Sie ist Pflichtverletzung des Vertreters. Wenn aber der Vertreter diese Überschreitung der Vertretungsmacht auch unbewußt herbeiführen kann, dann kann er doch unmöglich wissen, in welchem Augenblick sein Verhalten an seiner Pflicht rührt. Jedenfalls kann er sich über die Grenzen seiner Pflicht nicht im Klaren sein. Denn wenn er sie kennen würde, dann wäre eine unbewußte Überschreitung ausgeschlossen. Die Kenntnis der Pflicht aber und diese ist nach Siebert das Fundamentale, gibt nur für eine bewußte Verletzung Raum.

Auch die von Siebert angezogenen handelsrechtlichen Bestimmungen vermögen m. E. seine Auffassung nicht zu unterbauen. Während in § 48, 2 die Vertretungsmacht des Liquidators an sich bestimmt, also das Außenverhältnis geregelt wird, setzt § 49 die Aufgaben fest, die dem Liquidator obliegen, den Auftrag also, den er nach Gesetz zu erfüllen hat. Die Vertretungsmacht kann demnach nicht weiter gehen als der festumrissene Geschäftskreis. [1] Damit ist aber nicht ausgeschlossen, das die Geschäftsführungsbefugnis gemäß § 152 HGB beschränkt werden kann, ganz im Gegensatz zu der Vertretungsmacht selbst, die nach § 151 HGB eine Beschränkung nicht duldet. [2] Daß damit nur das Außenverhältnis gemeint ist, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes klar hervor. Bei § 298 gilt das Gesagte entsprechend. [3]

Auch in § 51 HGB ist von einer Einwirkung des Innenverhältnisses auf die Vollmacht nichts zu spüren. Durch diese Vorschrift wird lediglich der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis festgesetzt und die Beschränkungen, die dem Vertreter im Innenverhältnis auferlegt werden können, dargelegt. Wie in allen anderen Fällen, so liegt auch nach § 54 ein Handeln ohne Vertretungsmacht nur vor, wenn der Dritte die Beschränkung der Vollmacht, also des Außenverhältnisses kannte oder kennen mußte. [4]

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich demnach, daß die Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis streng durchgeführt ist auch dann, wenn das Innenverhältnis und die Vollmacht gleichen Umfang haben. Von einer „kausal" wirkenden Begrenzung kann keine Rede sein.

4. Die exceptio doli generalis.

Während Siebert durch seine Pflichtenlehre eine Flucht in die Generalklauseln verhindern will, leistet er in Wirklichkeit, allerdings

---

Enneccerus § 107 Anm. 7. — Staudinger § 49 I — § 48 4 c. — Koenige-Teichmann § 149 1 — § 298 1. — Dür. — Hachbg. § 149 Anm. 2
Koenige-Teichmann § 149, 8. — Hupka S. 239 ff. — Düringer — Hachenburg § 149 Anm. 32. — § 151 Anm. 2, 3. —
Koenige-Teichmann § 289, 3. —
Dür. — Hachbg. § 54 Anm. 10. —

unbewußt, einen Beitrag zur Rechtsfindung, von dem man den Eindruck gewinnt, als ginge er in seiner Tragweite noch über die exceptio doli hinaus.

Die exceptio doli spezialis hat im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 853, 823, 2, 826 eine ausdrückliche Anerkennung gefunden, die exceptio doli generalis dagegen blieb völlig unerwähnt, sodaß über ihr Weiterleben oftmals Zweifel aufgetreten sind. [1] Das RG hat sich jedoch in ständiger Rechtsprechung zu diesem Grundsatz bekannt, wenn seine Darlegungen hinsichtlich der Anwendung der exceptio doli auch oft verschiedenartig und unklar sind. So gesteht es z. B. im Bd. 58, 356 dem Vertretenen die Einrede der Arglist zu, im Bd. 52, 100 kann der Dritte aus einem solchen Rechtsgeschäft keine Rechte gegen den Vertretenen erwerben oder herleiten (Bd. 75, 301), a. a. O. (Bd. 71, 222) braucht der Vertretene das Geschäft überhaupt nicht als für sich verbindlich anerkennen, ein andermal wieder kann der Vertretene ein solches Geschäft anfechten oder dem Anspruch des Dritten die Einrede der Arglist entgegensetzen. Endgültig für die Arglisteinrede hat sich das RG im Bd. 134, 71 entschieden, wo es sagt: „Die Regeln über den sog. Mißbrauch der Vollmacht beruhen auf dem Gedanken, daß zwar grundsätzlich für die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber dem Vollmachtgeber allein der Vollmachtsinhalt maßgebend ist . . . . , daß davon aber eine Ausnahme zu machen ist, wenn zu ungunsten des Geschäftsgegners die Grundsätze vom Handeln wider Treu und Glauben Platz greifen und damit dem Vollmachtgeber die Einrede der Arglist in die Hand gegeben wird. Das ist u. a. dann der Fall, wenn der Geschäftsgegner weiß oder sich sagen muß, daß der Abschluß des Geschäfts dem Interesse des Vollmachtgebers zuwiderläuft und er den Abschluß keinesfalls beabsichtigt haben könne". Für die Existenz der exceptio doli generalis spricht auch die Entscheidung im Bd. 145, 315, in der bei Kollusion die exceptio doli spezialis, bei einem fahrlässigen Verhalten die exceptio doli generalis Anwendung findet.

Auch die Wissenschaft bejaht mit überwiegender Mehrheit ihre Anwendbarkeit. [2] Sie leitet den Fortbestand der exceptio doli aus den §§ 157, 242, 226 BGB her, die ein Handeln wider Treu und Glauben durch die allgemeine Einrede der Arglist entkräften wollen. Schwankend in seiner Auffassung ist Enneccerus [3], der noch in der 12. Bearbeitung seines Kommentars die Anwendung der exceptio doli

---

[1] Dittmar S. 32. — Oertmann Vorbem. § 194 B 3 b. —

[2] Staudinger § 157 Anm. 21. — 168 8 b. — RGRK. § 166 Anm. 4. — Planck Vorbem. VIII zu § 166, 4. — Endemann § 84 Anm. 4. — § 100 Anm. 6. — Kuhr S. 30. — Macke S. 35/66, Staud. S. 58. —

[3] Enneccerus § 170 I. 4. — § 208 III b c. — Dittmar S. 32. — Oertmann vor § 194 Bem. B 3 b. —

vertrat, in der 13. aber der Kipp'schen Ansicht folgte und bei fahrlässiger Betätigung des Dritten das Geschäft als ohne Vertretungsmacht abgeschlossen sieht. An anderer Stelle aber scheint er das Verbot des venire contra factum proprium mit der aus § 242 stammenden Einrede der Arglist zu identifizieren.

Wenn die Gegner der exceptio doli behaupten, durch ihre Anwendung werde der Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet, durch sie würde eine intensive Auslegung des Gesetzes unterdrückt, sie sei „eine bequeme Handhabe zur Umgehung der oft mühseligen Suche nach dogmatisch einwandfreien Entscheidungsmöglichkeiten" [1], „sie verwische die Grenze zwischen Recht und Moral" [2], setze „an die Stelle der objektiven Rechtsnorm das Gefühl des Richters" [2] und führe „zur Herrschaft planloser Billigkeitserwägungen" [2], so vergessen diese Autoren ganz, daß der Richter bei einer Treu und Glaubensentscheidung eine genau so große Verantwortung zu tragen hat wie in all den wirklich nicht seltenen Fällen, in denen eine Entscheidung in das Ermessen des Richters gestellt ist. Sicher können auch diese Schriftsteller nicht bestreiten, daß es Tatbestände gibt, die aus der Gesetzesnorm einfach nicht zu lösen sind und daß als ultima ratio oftmals nur die Anwendung des Treu- und Glaubensgrundsatzes bleibt. Freilich muß seine Anwendung auf all die Fälle beschränkt werden, bei denen sie tatsächlich das letzte Mittel zu einer vernünftigen Lösung ist.

5. Die culpa in contrahendo.

Die culpa in contrahendo ist ein Haftungsgrund, aus dem sich Schadensersatzansprüche herleiten lassen, falls eine Partei schuldhaft ihre Erklärungspflicht verletzt. Für den Mißbrauch der Vertretungsmacht erhebt sich daher die Frage, ob der Dritte sich einer culpa in contrahendo schuldig macht, wenn er weiß oder wissen mußte, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht. Ist er verpflichtet, diese Kenntnis dem Vertretenen, der ihm gegenüber ja Partei ist, weil in seinem Namen gehandelt wird, den Mißbrauch des Vertreters anzuzeigen? Die Parteien sind im allgemeinen verpflichtet, bei der Erreichung des gemeinsamen Geschäftszieles aufeinander Rücksicht zu nehmen, die persönlichen Interessen nicht über Gebühr in den Vordergrund zu stellen und den Grundsatz von Treu und Glauben zur Richtschnur ihres Handelns zu machen. Nach der sinngemäßen Auslegung der Bestimmungen über die Vollmacht ist der Dritte jeder Nachforschungspflicht an sich enthoben. Wenn der Dritte demnach fahrlässig nicht weiß, daß der Vertreter einen dem

[1] Dittmar S. 33. —
[2] Prot. I 240. —

Innenverhältnis entsprechenden Gebrauch seiner Vertretungsmacht nicht gemacht hat, so kann ihm durch die Unterlassung der Erkundigung keine culpa in contrahendo zum Vorwurf gemacht werden. Anders verhält es sich, wenn der Dritte auch ohne Erkundigung von dem Mißbrauch der Vertretungsmacht Kenntnis erhalten hat. Jetzt ist er verpflichtet, dem Vertretenen von dem dem Geschäft durch die Schuld des Vertreters anhaftenden Mangel Anzeige zu machen. Tut er dies nicht, so verletzt er die dem Vertretenen gegenüber zu wahrende Treupflicht; er haftet dann aus culpa in contrahendo für den entstandenen Schaden. Gegen diesen Schaden ist aber der Geschäftsherr bereits auf Grund der §§ 826, 249, 853 hinreichend geschützt, denn die Haftpflicht aus culpa in contrahendo reicht auch nicht weiter als die aus der unerlaubten Handlung.

6. Das Scheingeschäft.

„Ist § 166 Abs. 1 BGB auch dann anwendbar, wenn in bewußtem Zusammenwirken des Vertreters und des als Vertragsgegner auftretenden Dritten dem Vertretenen die Kenntnis des Willensmangels verheimlicht worden und insbesondere das Geschäft, obwohl Scheingeschäft, als ein ernstliches Geschäft zwischen dem Vertreter und dem Dritten erscheinen sollte?"

Dieser Frage, über die das RG am 5. Juni 1908 [1] entschied, lag folgender Tatbestand zugrunde:

„Der Buchhalter Sch., Angestellter und Bevollmächtigter der Firma Berta H. hatte hinter dem Rücken derselben ein Konkurrenzgeschäft eröffnet und zwar in der Wohnung des Beklagten und dessen Ehefrau, die früher in der Firma Berta H. als Ladenmädchen angestellt gewesen war. Um dies zu verdecken, ließ er das Geschäft auf den Namen des Beklagten, aber auf eigene Rechnung führen. Der Beklagte richtete entsprechend der Vereinbarung an Sch., den Vertreter der Firma Berta H., Warenbestellungen, die Sch. als Vertreter der Firma Berta H. annahm, ausführte und die Fakturen auf den Namen des Beklagten ausstellte. Die Waren wurden aber nicht bezahlt und Sch. flüchtete. Die Klägerin Firma Berta H. verlangte Zahlung und berief sich auf § 164 Abs. 2 BGB. Der Beklagte erhob den Einwand des Scheingeschäfts nach § 117 Abs. 1 BGB, den die Klägerin gegen sich gelten lassen müsse." Diesen Einwand verwarf das RG mit folgender Begründung:

„Die Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB ist für den Fall ausgeschlossen, wenn in bewußtem Zusammenwirken des Vertreters und des nach außen als Vertragsgegner auftretenden Dritten dem Vertretenen die Kenntnis des Willensmangels — des Scheingeschäfts

[1] Gruchot Beiträge 52, 933. —

— sowie die Kenntnis, daß der als Vertragsgegner auftretende Dritte im Namen eines anderen — hier des Vertreters — verheimlicht und darum nach dem Willen des Vertragsgegners und des Vertreters dem Vertretenen gegenüber das Geschäft als frei von dem Willensmangel des Scheines und als in Wirklichkeit mit dem Vertragsgegner abgeschlossen erscheinen solle. In einem Falle dieser Art kann jedenfalls dann, wenn der Vertretene dadurch zu Leistungen veranlaßt ist und nun seinerseits Erfüllung beansprucht von dem nach außen als Vertragsgegner auftretenden Dritten nur der Inhalt des Rechtsgeschäfts, wie es nach seinem eigenen Willen dem Vertreter kundgegeben werden sollte, gegen den Vertretenen angerufen werden, es sei denn, daß auch der Vertretene Kenntnis von der wahren Sachlage hatte." Dieser Begründung stimmt auch Oertmann [1] zu, wenn er sagt, daß „§ 166 wohl auf den Fall der Kollusion unanwendbar sei, denn § 166 bedeute einen Sonderschutz für den Geschäftsgegner und dafür sei kein Raum, wenn dieser selbst mitwirkt, um die Unkenntnis des Vertretenen auszunutzen oder ihm aus der Kenntnis des Vertretenen einen Strick zu drehen." Mit dem Eintritt der sich als Rechtsfolge an die Kollusion nach § 138 BGB oder an das Scheingeschäft nach § 117 BGB ergebenden Nichtigkeit des Geschäfts ist der Klägerin aber nicht gedient. Denn sie hat ein Interesse an der Erfüllung des Rechtsgeschäfts und nicht an dessen wirkungslosen Untergang.

Um diese Erfüllung zu ermöglichen schlägt Oertmann vor, den § 166 Abs. 1 in der Weise einzuschränken, daß man sich am Schluß desselben den Satz hinzudenkt: „es sei denn, daß der Fall der Kollusion zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsgegner vorlag und der Vertretene darüber in Unkenntnis war". Es käme also ausnahmsweise nicht auf die Kenntnis des Vertreters von dem Willensmangel, sondern auf die des Vertretenen an, also der Klägerin. § 117 Abs. 1 müßte demnach entfallen, weil die Klägerin den Scheincharakter des Geschäfts nicht kannte, die Kaufverträge wären gültig und die Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises zu verurteilen.

Hält man an dieser Einschränkung des § 166 Abs. 1 fest und sieht man in dem unter Kollusion abgeschlossenen Scheingeschäft eine Mentalreservation nach § 116 Abs. 1 BGB, so kommt man ebenfalls zu dem Ergebnis, daß dieses Scheingeschäft in der Wirkung gegenüber dem Vertretenen gültig und dessen Anspruch auf Erfüllung gerechtfertigt ist.

Lehnt man aber diese Einschränkung ab, so kommt es lediglich auf die Person des Vertreters an und das Geschäft ist, weil der Vertreter den geheimen Vorbehalt kannte, nach § 116 Abs. 2 BGB nichtig.

---

[1] Oertmann § 166 4 f. —

Nimmt man also dem Dritten die Möglichkeit, sich auf das Scheingeschäft zu berufen, dann ist dem Dritten bei analoger Anwendung des § 116 Abs. 1 auf die Kollusion der Weg zur Geltendmachung seines Erfüllungsanspruchs freigemacht. Dieses Ergebnis scheint mir auch durchaus billig. [1]

Einer solchen Einschränkung bedarf es aber m. E. nicht, wenn man mit Oertmann in § 166 eine Sonderschutzbestimmung für den Geschäftsgegner sieht. Es würde jedem Rechtsgefühl widersprechen, wollte man demjenigen, der in arglistigem Zusammenarbeiten mit dem Vertreter den Vertretenen zu hintergehen versucht, auch noch den Einwand seines eigenen dolosen Verhaltens gestatten.

7. Der Lösungsversuch Dittmars. ‹§ 932.›

Abschließend sei noch kurz ein Blick auf den von Dittmar vorgeschlagenen Lösungsversuch geworfen. [2] Prinzip des Verkehrsschutzes sei, daß nur ein Gutgläubiger Schutz beanspruchen könne. Durch die Aufnahme der Unabhängigkeitslehre sei man aber weit über das Ziel hinausgeschossen, denn die Vollmachtsnormen schützten nach dieser auch jeden schlechtgläubigen Dritten. Mit einem Hinweis auf den Besitz führt Dittmar dann weiter aus: „Wegen erkennbarer Gleichheit des rechtspolitischen Grundes in beiden Rechtskomplexen" — gemeint ist Stellvertretung und Besitz — „ist diese Lücke durch Analogieschluß zu dem in § 932 BGB enthaltenen Rechtssatz auszufüllen, sodaß der Geschäftsgegner, falls sich herausstellt, der Bevollmächtigte habe die Vollmacht mißbraucht, nur insoweit zu schützen ist, als er auf die Berechtigung des Bevollmächtigten vertraut hat. War der Geschäftsgegner bei Geschäftsabschluß nicht in gutem Glauben, d. h. war ihm die Nichtberechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, so greift zu seinem Gunsten die Unabhängigkeitslehre nicht durch". Bei § 164 Abs. 1 BGB sei demnach die Einschränkung einzusetzen: „Diese Wirkung tritt selbst dann ein, wenn der Vertreter die Vertretungsmacht mißbraucht, es sei denn daß der Geschäftsgegner z. Zt. der Vornahme des Geschäfts nicht in gutem Glauben war, d. h. wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Vornahme des Geschäfts der Berechtigung des Vertreters zuwiderläuft." „Danach müsse der Geschäftsgegner wissen oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wissen, daß der Bevollmächtigte nicht nur gegen die Rechte des Grundverhältnisses verstößt, sondern außerdem zum Gebrauch der Vollmacht nicht durch die Normen der Geschäftsführung ohne Auftrag gedeckt ist."

---

[1] Dittmar S. 41. — Berger S. 33. — Macke S. 79. —
[2] Dittmar S. 35 ff. —

Die Ausführungen Dittmars ſind im Grunde richtig. Allein eine analoge Anwendung des § 932 ſcheint mir reichlich weit außerhalb des eigentlichen Fragenkomplexes zu liegen. Aber auch abgeſehen davon werden nach dieſer Konſtruktion an die Sorgfalt des Dritten Anforderungen geſtellt, die m. E. das Maß des „Erforderlichen" weit überſteigen, vor allem wenn man bedenkt, daß beim Mißbrauch der Vertretungsmacht die Hauptgefahr doch auf den Schultern des Vertretenen liegt.

III. Teil.

Der Mißbrauch der gesetzlichen Vertretungsmacht.

1. die gesetzlichen Vertreter:

Die gesetzliche Vertretungsmacht beruht ausschließlich auf Gesetz. Daraus geht hervor, daß sie eine absolut notwendige ist und das für ihr Inkrafttreten jeweils ein bestimmter Tatbestand gegeben sein muß. Der Wille des Vertretenen ist unerheblich.

Die eigentlichen gesetzlichen Vertreter sind diejenigen, die für geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen auftreten, wie der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt für die gewaltunterworfenen Kinder. ‹§§ 1627, 1630.› Der Vater hat das Recht und die Pflicht für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Seine Vertretungsmacht ist in dieser Richtung grundsätzlich unbeschränkt. ‹1630, 1 BGB.› Doch gibt es von diesem Grundsatz auch Ausnahmen z. B. kann der Vater nach § 1641, 1 BGB keine Schenkungen machen und in zahlreichen Fällen bedarf er zum Abschluß von Rechtsgeschäften der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wie in § 1643 ff. BGB bestimmt ist. Die Vertretungsmacht ist weiter ausgeschlossen in den Fällen, in denen eine Interessenkollusion zwischen Vater und Kind zu besorgen ist. ‹§ 181, § 1630 Abs. 2 S. 1 BGB.› Nach §§ 1630 Abs. 2 S. 2, 1796 BGB kann die Vertretungsmacht auch vom Vormundschaftsgericht entzogen werden, falls das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vaters oder Vormundes oder eines von diesen vertretenen Dritten in erheblichem Gegensatz steht.

Was für die Vertretungsmacht des Vaters gilt, gilt auch für die Mutter, falls ihr nach § 1634, § 1684/85 BGB die elterliche Gewalt zusteht. Ihre Vertretungsmacht nach § 1634 beschränkt sich aber auf die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes, wenn der Vater die elterliche Gewalt selbst ausübt. Die gleiche Stellung hat die Mutter nach § 1698 BGB.

Gemäß § 1687 BGB kann der Mutter ein Beistand bestellt werden, ohne daß dadurch die Sorge für das Vermögen oder die Person des Kindes beeinflußt wird. Über den Wirkungskreis des Beistandes entscheidet das Vormundschaftsgericht bei dessen Bestellung nach § 1690 BGB. Wird ihm nach § 1693 die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen, so hat er die Rechte und Pflichten eines Pflegers, ist also gesetzlicher Vertreter des Kindes in Vermögenssachen.

Eine grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht ist nach § 1793 BGB auch dem Vormund eingeräumt, wenn sie auch ihrem Umfang nach nicht so weit geht wie die des Vaters. Außer denselben Beschränkungen, denen der Vater nach den §§ 1794, 1804, 181, 1795/96 BGB unterworfen ist, bestehen für den Vormund noch weitere darin, daß er zu Verfügungen nach § 1812 BGB der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf und zahlreiche Rechtsgeschäfte nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vornehmen kann. (§§ 1821/22, 1829/31.) Die Vertretungsmacht wird hier ebensowenig wie beim Vater durch die im Innenverhältnis zum Mündel bestehende Sorgfaltspflicht beschränkt. Für den Umfang des Wirkungskreises des Vormundes ist lediglich die Verpflichtungsverhandlung maßgebend. Die Bestallung kann dem Vormund also niemals weitergehendere Rechte verleihen als ihm in der Verpflichtung übertragen worden sind. Die Urkunde selbst ist kein Legitimationspapier wie die Vollmachtsurkunde, sie hat nur die Bedeutung eines gerichtlichen Zeugnisses. Der gute Glaube an sie wird daher nicht geschützt. Wer sich demnach mit einem Vormund einläßt, tut es auf eigene Gefahr, wenn er es unterläßt, Rechtsbestand und Fortdauer des Amtes des Vormundes zu prüfen. [1]

Gesetzliche Vertretungsmacht wird weiterhin für die Ehefrau begründet, die gemäß § 1357 BGB berechtigt ist, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes zu besorgen und ihn zu vertreten. [2] Während die Befugnis, die Geschäfte des Mannes zu besorgen, das Innenverhältnis zwischen Mann und Frau kennzeichnen, bezeichnet das Vertreten des Mannes die Stellung der Frau nach außen. Die im Rahmen der Schlüsselgewalt getätigten Geschäfte sind daher immer im Namen des Mannes vorgenommen. (§ 1357 S. 2.) Hier gilt also das Umgekehrte von der Vorschrift des § 164, nach dem nur dann ein Rechtsgeschäft als im Namen eines anderen vorgenommen gilt, wenn dies ausdrücklich erklärt wird oder sich aus den Umständen ergibt. Der Mann kann die Schlüsselgewalt der Frau gemäß § 1357 Abs. 2 S. 1 beschränken oder ausschließen. Eine solche Maßnahme wirkt aber gegen Dritte nur, wenn sie im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt ist. (§ 1435.)

Kraft gesetzlichen Verwaltungsrechtes steht dem Manne die Befugnis zu, in eigenem Namen über das eingebrachte Gut der Frau zu verfügen, jedoch nur mit ihrer Zustimmung. (§§ 1374, 1375.) In den in § 1376 aufgezählten Fällen dagegen braucht er diese Zustimmung nicht. Solche Verfügungen soll der Mann nur zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung des eingebrachten Gutes vornehmen. Diese Pflicht stellt aber keine Beschränkung der Vertretungsmacht dar,

---

[1] Staudinger § 1791, 2. — Planck § 1791 Anm. 1. —
[2] Endemann Bd. II § 170 3a. — Planck Bd. IV § 1357 Anm. 1—4. —

sie wirkt nur im Innenverhältnis zwischen Mann und Frau. [1] Die Frage, ob der Mann in den Grenzen dieses Verwaltungsrechtes auch im Namen der Frau als deren Vertreter handeln kann, hat die herrschende Lehre [2] bejaht.

Da für den Pfleger (§§ 1909–15) die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechend anzuwenden sind, ist auch er gesetzlicher Vertreter. Dasselbe gilt für den Nachlaßpfleger [3] (§ 1960) und den Nachlaßverwalter. (§ 1985.)

Über die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers gehen die Meinungen weit auseinander. Es würde zu weit gehen, im Rahmen dieser Arbeit alle Theorien einer eingehenden Kritik zu unterziehen. Soviel soll hierzu jedoch gesagt werden: Das RG vertritt in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, daß der Testamentsvollstrecker überhaupt kein Vertreter irgendjemands sei, sondern Inhaber eines Amtes zu eigenem Rechte. An dieser Theorie hat es aber nicht in allen Fällen festgehalten, wenn es z. B. im Bd. 68, 258 zugibt, der Testamentsvollstrecker handle „immerhin materiell-rechtlich für die Erben, die einerseits durch seine im Rahmen seiner Machtsphäre getroffenen Verfügungen gebunden und andererseits an eigenen Verfügungen in Ansehung des Nachlasses gehindert werden." Ähnlich auch RG. 76, 125, wo nach Inhalt und Umfang die dem Testamentsvollstrecker erteilten Befugnisse denjenigen eines gesetzlichen Vertreters der Erben so nahe kommen, daß in steuerlicher Beziehung ein Unterschied zwischen ihm und dem Nachlaßpfleger nicht gemacht werden könne." Ganz klar hat es sich endlich im Bd. 75, 302 ausgelassen: „Die Stellung des Testamentsvollstreckers ist nach außen wie nach innen keine wesentlich andere als die eines Bevollmächtigten." Damit ist nachgewiesen, daß das RG auch bei der Annahme einer Amtsstellung des Testamentsvollstreckers eine Stellvertretung nicht ausschließt.

Die bedeutendsten Vertreter der Literatur [4] sehen in dem Testamentsvollstrecker einen Vertreter des Erben, aber nur in Ansehung des Nachlasses, eine Ansicht, der sich der Verfasser anschließt.

Die Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers sind in den §§ 2203, 2204, 2205 allgemein festgelegt. Nach § 2205 Abs. 1 S. 2 ist er berechtigt im Rahmen seiner Vertretungsmacht über Nachlaßgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er jedoch nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.

---

[1] Staudinger § 1377 Bem. 1. — RGRK § 1377 Bem. 2. —
[2] Enneccerus § 168 2 II 1. — Planck vor § 1373, 3 S. 131. — RG. 126, 114. — a. A. Lehmann § 36 IV aa. —
[3] Endemann Bd. III 2. Hälfte zu § 104 II a. —
[4] Staudinger § 2197 Anm. F 2. — Enneccerus V. § 116 S. 415. — Hupka S. 3. — Planck I. V. Titel 1 vor § 164. — Oertmann I 1 Vorbem. 3 b b vor § 164. — v. Tuhr § 86 S. 421. —

Die Vertretungsmacht des Teſtamentsvollſtreckers deckt auch Verfügungen, die zwar nicht im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlaſſes liegen, zu denen aber der Teſtamentsvollſtrecker aus dem Innenverhältnis heraus den Erben gegenüber verpflichtet iſt. [1]

Der Umfang der Vertretungsmacht des Teſtamentsvollſtreckers wird in der Hauptſache vom Geſetz ſelbſt beſtimmt. Doch iſt in den §§ 2207 ff dem Willen des Erblaſſers hinſichtlich der Beſchränkung oder Erweiterung der Vertretungsmacht ein ſehr weitgehender Spielraum gelaſſen. Iſt der Teſtamentsvollſtrecker gleichzeitig Miterbe, ſo kann er mit ſich ſelbſt nach § 181 nur kontrahieren, wenn das Rechtsgeſchäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit beſteht oder der Erblaſſer es ihm geſtattet hat. [2]

Gemäß § 2368 hat das Nachlaßgericht dem Teſtamentsvollſtrecker auf deſſen Antrag ein Zeugnis über die Ernennung auszuſtellen und darin alle etwaigen Beſchränkungen oder Erweiterungen der Vertretungsmacht aufzunehmen. Dieſes Zeugnis äußert die gleichen Wirkungen wie der Erbſchein. Es wird alſo widerlegbar vermutet, daß demjenigen, welcher in dem Zeugnis als Teſtamentsvollſtrecker bezeichnet iſt, auch die Stellung eines Teſtamentsvollſtreckers rechtsgültig zukommt und er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beſchränkt ſei. (§ 2365.) Wer mit dem Teſtamentsvollſtrecker ein Geſchäft nach Art der §§ 2366, 2367 abſchließt, für den gilt der Inhalt des Zeugniſſes, ſoweit die Vermutung des § 2365 reicht, als richtig, es ſei denn, daß er die Unrichtigkeit des Zeugniſſes kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Zeugniſſes wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Der öffentliche Glaube des Zeugniſſes beſteht zugunſten jedes gutgläubigen Dritten und ſchützt ihn in Bezug auf die Richtigkeit des Inhalts des Zeugniſſes auch dann, wenn er in Wahrheit unrichtig iſt. [3] Mit der Beendigung des Amtes wird das Zeugnis nach § 2368 Abſ. 3 kraftlos. Der gute Glaube kommt alſo nur hinſichtlich des Entſtehens und des Umfangs der Vertretungsmacht in Betracht, nicht aber auch hinſichtlich des Erlöſchens. Eine Fiktion des Weiterbeſtandes wie bei der rechtsgeſchäftlichen Vertretungsmacht gibt es alſo hier nicht.

Gemäß § 6 KO hat der Konkursverwalter das Recht, das zur Konkursmaſſe gehörige Vermögen des Gemeinſchuldners zu verwalten und über dasſelbe zu verfügen. Seine Vertretungsmacht beruht unmittelbar auf dem Geſetz, er iſt alſo geſetzlicher Vertreter. [4] In der Ausübung ſeiner Rechte iſt er inſofern beſchränkt, als er nur

---

[1] Planck Bem. 5 zu § 2205. —
[2] Planck Bem. 13 zu § 2205. — RGRK. Bem. 3 zu § 2205, nach dem § 181 für den Teſtamentsvollſtrecker überhaupt nicht gilt.
[3] Staudinger § 2367 III. —
[4] Jaeger § 6 B Anm. 18/19. —

solche Maßnahmen treffen darf, die mit dem Zweck des Konkurses, einer Verwertung des Schuldnervermögens zur gesetzentsprechenden Befriedigung der Gläubiger, vereinbar sind. [1] Dabei kommt es im Einzelfalle nicht darauf an, ob nun das vom Konkursverwalter vorgenommene Geschäft zum Erfolg oder zum Schaden der Masse ausschlägt, maßgebend für die Wirksamkeit des Geschäfts ist, daß es sich mit dem Zweck des Konkurses verträgt. [2] Hinsichtlich der Selbstkontraktion ist der Konkursverwalter dem § 181 genau so unterworfen wie der Vollmachtvertreter. Die in den §§ 133, 134, 135 KO aufgezählten, genehmigungsbedürftigen Verwaltungshandlungen beschränken den Konkursverwalter in seiner Vertretungsmacht nicht, die Vorschriften sind nur „Kautelen für den inneren Geschäftsgang" [3] und wirken auch dann dem Dritten gegenüber nicht, wenn dieser Kenntnis von der noch nicht erteilten Genehmigung hat. [4] Die nach § 81 Abs. 2 KO dem Konkursverwalter auszuhändigende Bestallungsurkunde hat wie die des Vormundes nur den Charakter eines gerichtlichen Zeugnisses, ein auf diese Bestallung vertrauender Dritter wird daher nicht geschützt. [5]

2. *Die Rechtsfolgen des Mißbrauchs der gesetzlichen Vertretungsmacht:*

Im gemeinen Recht nahm der gesetzliche Vertreter insofern eine Sonderstellung ein, als es bei einem Mißbrauch seinerseits nicht darauf ankam, ob der Dritte bezüglich des Mißbrauchs der Vertretungsmacht gut- oder schlechtgläubig war. Geschäfte, die ein Vormund arglistig zum Schaden des Mündels abschloß, waren für den Mündel auch einem gutgläubigen Dritten gegenüber unverbindlich. Während damals der Mündel mit Rücksicht auf seine geringe Selbstständigkeit und seinen beschränkten Einfluß auf die Vertretungsmacht einen besonderen Schutz genoß, wurde diese Sonderstellung unter der Herrschaft des BGB aufgehoben. In den Motiven [6] wird als Begründung hierzu angeführt, daß eine derartige Einschränkung der Vertretungsmacht mit dem Gedanken der Repräsentativgewalt des Vormundes nicht vereinbar sei. „Hier wie dort ist davon ausgegangen, daß der Nutzen, welcher im allgemeinen für die Sicherheit des Verkehrs und das Interesse des Mündels daraus erwächst, daß das Gesetz für eine sichere kreditwirkende Vertretung des Mündels

---

[1] Jaeger § 6 Anm. 41/42. —
[2] Jaeger § 6 Anm. 41. —
[3] Motive II S. 356. —
[4] Jaeger § 133 Anm. 1, 3, 6. — § 136 Anm. 1, 3. —
[5] Jaeger § 81. —
[6] Motive IV S. 1086. —

sorgt, schwerer wiegt, als die Gefahren, welche in einzelnen Fällen für den Mündel daraus entstehen können, daß der Vormund seine Vertretungsmacht arglistig zum Nachteile des Mündels mißbraucht. Böser Wille ist es verhältnismäßig am allerwenigsten, woraus dem Mündel Gefahr droht und gegen Verbrechen kann schließlich kein Gesetz schützen. Richtiger ist es, in dieser Hinsicht es bei dem allgemeinen strafrechtlichen Schutz gegen Untreue des Vormundes (§ 266) und bei dessen persönlicher Verantwortlichkeit (§ 1696) bewenden zu lassen und soweit dem modernen Recht zu folgen, welches durch das Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bezw. des Gegenvormundes zu wichtigeren Geschäften und durch die regelmäßige Beaufsichtigung des Vormundes die Interessen des Mündels im allgemeinen wirksamer schützt als dies dem römischen Recht mittels seiner Verklausulierung der Vertretungsmacht des Vormundes gelungen ist."

Das RG ist an der gemeinrechtlichen Auffassung, daß es beim Mißbrauch der Vertretungsmacht auf den guten oder bösen Glauben nicht ankomme, nicht achtlos vorübergegangen. Es verlangt, wie aus zahlreichen Entscheidungen ersichtlich, [1] auf Seite des Dritten Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vom Mißbrauch des Vertreters. Da das RG in dieser Beziehung keinen Unterschied zwischen dem Mißbrauch der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht und dem der gesetzlichen macht, müssen bei dieser auch die gleichen Rechtsfolgen Platz greifen. „Es liegt kein Grund vor, den Mißbrauch einer gesetzlichen Vertretungsbefugnis anders zu behandeln (vgl. RG. 58, 356. — RGRK. § 166 Bem. 4), wenn auch anzuerkennen ist, daß bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die Erkennbarkeit des Mißbrauchs schwieriger sein wird als bei einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht." [2] „Die Grundsätze über den Mißbrauch der Vollmacht gelten in gleicher Weise auch beim Mißbrauch einer gesetzlichen Vertretungsmacht". [3] Abschließend sei noch bemerkt, daß bei den gesetzlich unbeschränkbaren Vollmachten des Handelsrechts die fahrlässige Unkenntnis des Dritten der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nichts schadet. Hier ist Kollusion erforderlich. [4]

Zusammenfassung:

Das Endergebnis der vorstehenden Untersuchungen über die rechtliche Bedeutung des Mißbrauchs der Vertretungsmacht zeigt folgendes Bild:

---

[1] RG. 52, 93. — 58, 356. — 75, 229. — 83, 349. — 143, 201. — 145, 312. — 159, 363. —
[2] RG. 145, 312. —
[3] Staudinger § 167 Anm. 8 b. — Kipp S. 268. — Hammel S. 2876. —
[4] Düringer — Hachenburg 5. Abschnitt Anm. 9 vor § 48. —

Kolludieren Vertreter und Dritter miteinander, so ist das abgeschlossene Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 1 BGB nichtig. Stellt die Kollusion auf Seite des Vertreters einen Betrug oder Untreue dar, und auf Seite des Dritten eine Teilnahmehandlung hierzu, so ist der Dritte nach § 823 II 249 BGB zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Dieselben Rechtswirkungen treten ein, wenn der Dritte in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Vertretenen vorsätzlich Schaden zufügt ‹§ 826 BGB›. Tritt der Dritte aber als Kläger auf und macht er die aus der unerlaubten Handlung, sei es aus einem Verstoß gegen § 823 II oder gegen § 826, erlangte Forderung geltend, so steht dem Vertretenen die Einrede des § 853 zu, die ihn zur Verweigerung der Erfüllung berechtigt.

Da diese Rechtsbehelfe von dem Dritten ein vorsätzliches Handeln fordern, also ausschließlich für die Fälle der Kollusion anwendbar sind, bieten sie keine Handhabe gegen ein nur fahrlässiges Verhalten des Dritten.

Einen ausreichenden Schutz auch gegen die fahrlässige Unkenntnis des Dritten über den Mißbrauch der Vertretungsmacht bietet nach Ablehnung aller übrigen Lösungsversuche nur die Berufung auf Treu und Glauben nach § 242. Dies ist m. E. die einzige Möglichkeit.

Wenn auch dem gesetzlich Vertretenen kein über die §§ 138 I., 823 II, 826, 853, 242 hinausgehender Schutz gewährt wird, so bedeutet dies nicht etwa eine Schlechterstellung. Bei der Anwendung dieser Bestimmungen muß man vor allem berücksichtigen, daß die Vertretungsmacht des Vaters, der Mutter, des Pflegers und des Vormundes bei bedeutsamen Geschäften zum Schutze des Mündels durch die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes begrenzt ist, daß die Vertretungsmacht der Frau im Rahmen der Schlüsselgewalt in der äußeren Lebenshaltung des Mannes eine Schranke findet und daß schließlich die Vertretungsmacht des Mannes beim gesetzlichen Güterstand an sich schon arg eingeengt ist. Da auch der Testamentsvollstrecker nur entgeltliche Verfügungen vornehmen darf und Verpflichtungen nur übernehmen kann, wenn sie zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind und sich die Vertretungsmacht des Konkursverwalters auf dem Konkurs zweckentsprechende Maßnahme beschränkt, erscheint die Gleichstellung von gesetzlich und rechtsgeschäftlich Vertretenen hinsichtlich der den Mißbrauch der Vertretungsmacht korrigierenden Mittel zweifellos billig und gerecht.

Lebenslauf

Am 27. Februar 1907 wurde ich in Frankenthal (Weſtmark) geboren. Ich beſuchte die dortige Volksſchule und das Progymnaſium anſchließend das hum. Gymnaſium in Ludwigshafen a. Rh. Oſtern 1928 beſtand ich dort die Reifeprüfung. An den Hochſchulen München, Innsbruck und Erlangen ſtudierte ich dann Rechts- und Staatswiſſenſchaft. Die Univerſitätsſchlußprüfung beſtand ich am 2. März 1934 an der Univerſität Erlangen.

Franz Gaßner